PROSPERO FEDOZZI

PROF. DI DIRITTO INTERNAZIONALE NELL'UNIVERSITÀ DI PALERMO

IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INTERNAZIONALE

PARTE GENERALE

BOLOGNA

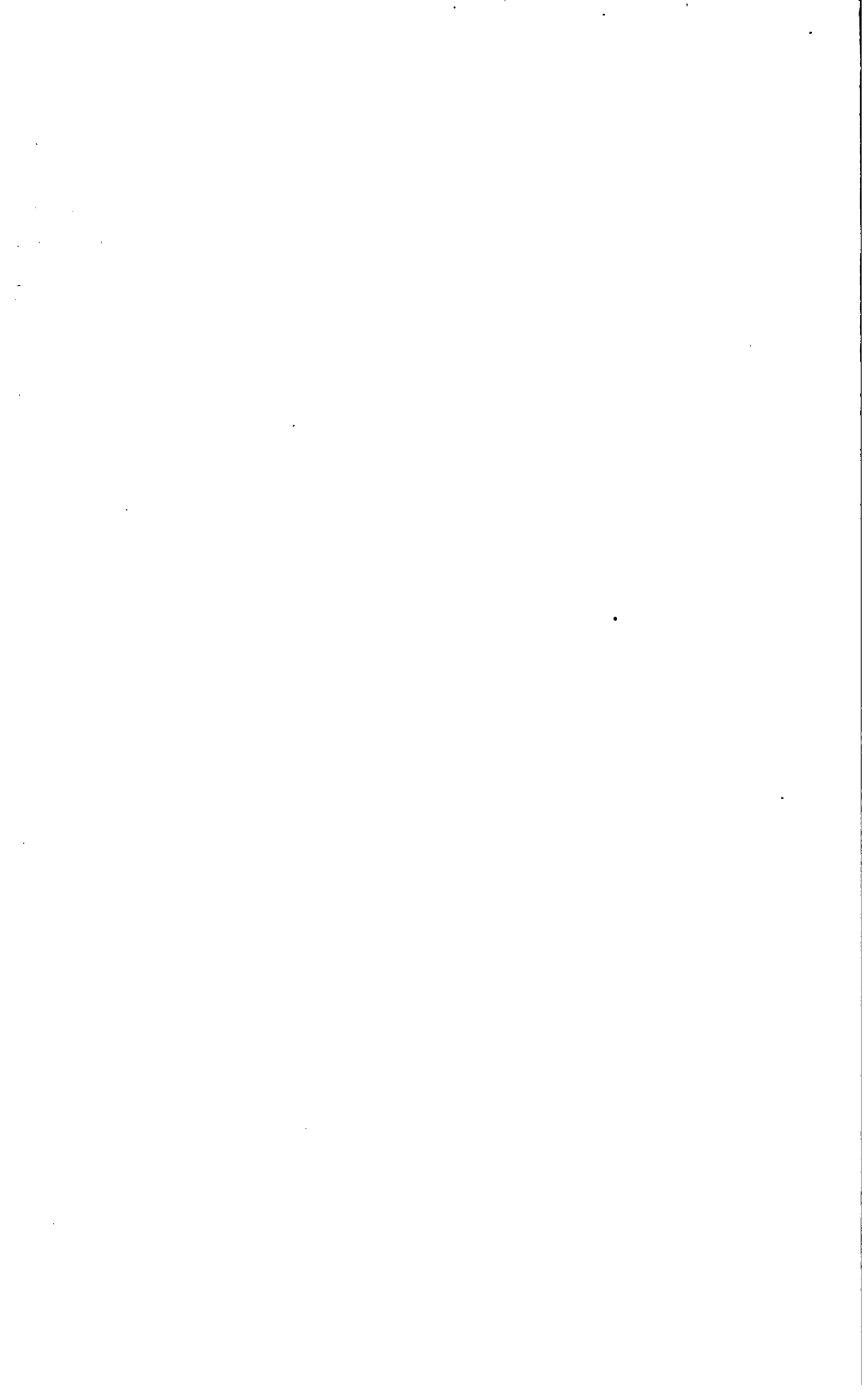
DITTA NICOLA ZANICHELLI

1905

A

ENRICO CATELLANI

CON REVERENZA DI DISCEPOLO

E AFFETTO DI AMICO

INTRODUZIONE

1. — Nozione del diritto processuale civile internazionale. — 2. Suo carattere di disciplina giuridica internazionale. — 3. Come si differenzi tanto dal diritto internazionale pubblico quanto dal diritto internazionale privato. — 4. Punti di contatto e ragioni di affinità fra diritto processuale civile internazionale e diritto internazionale privato. — 5. Principî fondamentali del diritto processuale civile internazionale. — 6. Necessità di uno studio autonomo del processo nei rapporti internazionali; difficoltà scientifiche che tale studio presenta. — 7. Metodo seguito nel presente lavoro. — 8. Contenuto di questo volume.

1. — Il diritto processuale civile internazionale determina la reciproca sfera di efficienza degli ordinamenti giuridici processuali dei singoli Stati. In altri termini il suo oggetto può dirsi consista nel determinare quale fra più ordinamenti processuali sia applicabile per risolvere una data controversia civile. Ma poichè ogni processo è attività di magistrato, la posizione di questo problema fondamentale suppone risolto l'altro della delimitazione della rispettiva sfera

di attività processuale dei diversi Stati esercitata per mezzo dei propri magistrati. Bisogna prima che sia dato in generale il caso dell'attività giudiziaria di uno Stato determinato e che in conseguenza sia ivi introdotto il processo, perchè possa sorgere la questione dell'applicabilità di uno od altro ordinamento giuridico processuale, di quello del giudice o di uno straniero.

Il singolo legislatore, risolvendo di sua autorità questioni attinenti per loro natura all'ordine internazionale, si trova dunque di fronte ad un duplice compito: egli deve determinare i casi di attività dei propri magistrati in confronto degli stranieri, indipendentemente dall'applicazione nell'esercizio di tale attività del diritto processuale proprio o di quello straniero, e in secondo luogo in quali casi il proprio ordinamento processuale debba essere applicato dal giudice proprio o da quello straniero [1].

In questa concezione si contiene la parte preminente e fondamentale e quella che più fortemente è caratterizzata dal punto di vista inter-

[1] Cfr. il largo ed eccellente svolgimento dato a questi concetti fondamentali dallo ZITELMANN, Internationale Privatrecht, vol. II, (Leipzig, Duncker und Humblot 1898), pag. 223-226. Vedi anche gli accenni del WALKER, Streitfragen aus dem internationalen Civilprocessrechte, Wien 1897, pag. 16 e del MEILI, Das internationale Civilprozessrecht; erster Teil (Zürich 1904) pag. 4.

nazionale della disciplina che imprendiamo a trattare; ma la materia appartenente al suo dominio non è con ciò esaurita. Fissati per lo Stato il diritto e il dovere di attività giudiziaria e determinata la maggiore o minore espansione estraterritoriale di un dato ordinamento giuridico processuale in confronto di quelli stranieri, rimane sempre una quantità di questioni, il cui interesse internazionale è determinato da un qualche rapporto che esse hanno coll' estero sia per il loro oggetto, sia per le persone interessate, sia — se si tratta di un singolo atto processuale — per ciò che esso è stato e sarà condotto all' estero. Tali questioni, come non possono entro la sfera di un dato ordinamento processuale essere risolte senza tener conto delle esigenze internazionali e qualche volta anche senza ottemperare ai principî giuridici internazionali, che s' impongono a tutti i legislatori, appartengono legittimamente al diritto processuale civile internazionale. Al quale per esempio appartiene lo studio, per i punti di contatto che hanno coll' estero, dei cosiddetti presupposti processuali, ossia degli elementi costitutivi del rapporto giuridico processuale: capacità e competenza del giudice, capacità delle parti, legittimità della loro rappresentanza, qualità necessarie per l' oggetto del processo, scrittura e comunicazione della domanda, obbligo dell' attore a una cauzione processuale, ordine di

successione di più processi [1]. Partendo dal collegamento segnato dal Bülow fra presupposti ed eccezioni processuali — onde queste ultime han vita dalla mancanza dei primi — può dirsi che alla nostra disciplina spetti lo studio delle eccezioni processuali, che hanno qualche lato d'internazionale o per l'oggetto loro o per le persone interessate. In questa cura diretta alla regolare costituzione del rapporto giuridico processuale il diritto processuale civile internazionale esaurisce il primo e più importante compito suo. Nella condotta del processo esso cede il campo al diritto processuale interno e raramente riapparisce finchè, avvenuta la decisione giudiziaria, non si tratti di doverla eseguire in un territorio diverso da quello in cui fu emanata.

2. — Il problema del diritto processuale civile internazionale è non meno e non diversamente di quello del diritto internazionale privato immanente in ogni legislazione. Ogni Stato procedendo al regolamento del proprio diritto obbiettivo non può non determinare i limiti d'impero delle pro-

(1) Cfr. Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, Giessen 1868 pag. 5. Per un ampio svolgimento nel diritto processuale moderno dei presupposti, che il Bülow studiò specialmente nel diritto processuale romano, vedi Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, Leipzig 1898 pag. 16 e segg. 764 e segg., ove si trovano anche numerose indicazioni bibliografiche.

prie norme in confronto delle straniere, non può non fissare il modo in cui devono essere regolati dei rapporti, che hanno con esso un qualche punto di collegamento.

Ora quest' opera è tanto in sè necessaria quanto necessariamente improntata ad esigenze internazionali, sia rispetto al diritto materiale che a quello processuale. Circa quest' ultimo è facile rilevare collo Zitelmann che, vivendo lo Stato nella comunione internazionale, la questione dei limiti della forza giuridica o estensione della sua attività ha necessariamente un lato internazionale, in quanto deve determinarsi sin dove dal punto di vista internazionale il singolo legislatore ha il diritto e il dovere di attività giudiziaria e cioè il diritto e il dovere di lasciare introdurre davanti ai propri tribunali tutto un processo o singoli atti processuali e specialmente di lasciar prendere esecuzione [1]. Nella soluzione di tali problemi, che a lui s' impone come un necessario completamento della propria amministrazione della giustizia [2], il legislatore non è pienamente libero nelle sue determinazioni, dovendo subire l' influsso di necessità, che sono al di fuori e al di sopra di lui; astretto com' è a legami ed obblighi internazionali, egli deve ispirare l' opera propria

(1) ZITELMANN op. cit. II, 226.
(2) WALKER op. cit. pag. 15.

a un ordine di considerazioni, che eccedono i puri e semplici ed esclusivi interessi del proprio Stato.

Quello che in genere si è affermato per le leggi interne in materia internazionale (1) si può col maggior fondamento ricordare a proposito delle regole di giurisdizione fra autorità giudiziarie di Stati diversi e delle norme di collisione processuali, il cui contenuto sta nel determinare l'applicabilità di uno od altro ordinamento giuridico per il giudizio di determinate questioni processuali (2). Se è vero infatti che il diritto internazionale per l'oggetto suo proprio non si può concepire che come un diritto superiore alle singole leggi nazionali, la funzione che ciascun legislatore esercita nel determinare i rapporti fra i propri dettati e quelli degli altri legislatori deve ravvisarsi come una funzione necessaria quanto imperfetta per l'organo a cui è devoluta, dovendosi ritenere che in uno stadio com-

(1) Cfr. ANZILOTTI, Studi critici di diritto internazionale privato pag. 136-138 e 163.

(2) Che anche nel campo del diritto processuale internazionale possa parlarsi di norme di collisione risulta chiaramente da quanto abbiamo detto precedentemente dando la nozione della nostra disciplina: vedi del resto fra altri ZITELMANN op. cit. vol. II pag. 224; MEILI op. cit. vol. I, pag. 4 e 7; DICEY, A Digest of the laws of England with reference to the conflict of laws, with notes of American cases by MOORE; 1896 pag. 3 e 5.

pletamente evoluto del diritto internazionale privato essa spetterebbe razionalmente a un vero e proprio organismo internazionale superiore ai singoli Stati. Ora ciò vale per la distribuzione della competenza legislativa, sia nel campo del diritto materiale che in quello del diritto processuale, e vale anche per la distribuzione della competenza giudiziaria, rientrando anche quest'ultima nella podestà legislativa interna per le necessità derivanti dalla manchevole organizzazione della società degli Stati. Ne consegue che quando un legislatore determina i limiti di competenza giudiziaria tra i propri magistrati e quelli stranieri o i limiti di competenza legislativa tra il proprio ordinamento processuale e quelli stranieri, egli esercita una vera e propria funzione internazionale, eleva una parziale ed imperfetta per quanto necessaria rappresentazione di quella universale distribuzione di competenza giudiziaria e legislativa in materia processuale, il cui artefice più razionale sarebbe un legislatore internazionale.

Questa caratterizzazione internazionale ha una notevole importanza teorica, perchè permette di concepire e di studiare il diritto processuale internazionale come una materia giuridica autonoma dal diritto processuale in genere. Essa prosegue poi la sua efficacia in numerosi corollari, che alla loro volta sono principi indispen-

sabili per risolvere molte questioni, che si presenteranno al nostro studio [1].

Accanto e al disopra delle esigenze internazionali negli ordinamenti giuridici processuali dei singoli Stati vi è, per usare la terminologia dello Zitelmann, un *überstaatliches Internationalpro-*

[1] Una delle più importanti conseguenze della caratterizzazione internazionale delle norme appartenenti al nostro campo giuridico è quella che ha luogo nel risolvere il cosiddetto problema del rinvio, che tanto in questi ultimi anni ha affaticato la scienza del diritto internazionale privato e i cui termini possono darsi anche nel dominio del diritto processuale civile internazionale. Parecchie volte infatti avremo occasione di parlarne nel corso del nostro studio; valga qui un esempio a mostrare come esso vada posto dal nostro punto di vista. In ciascuno Stato i magistrati devono considerare le regole giurisdizionali emanate in materia internazionale dal proprio legislatore come vere e proprie regole giurisdizionali universali; per essi in altri termini la distribuzione internazionale di competenza giudiziaria sancita nelle proprie leggi è quella che il diritto internazionale consiglia ed impone e tutto quello che è all'infuori di essa è anche contro i dettami di quest'ultimo. Da ciò deriva la conseguenza indeclinabile, che nel conflitto fra una norma giurisdizionale del proprio Stato e una di Stato straniero i magistrati dovranno sempre ed esclusivamente dare la preferenza alla prima senza considerazione alcuna della seconda e senza riguardo alcuno agli effetti che possano derivarne. Si può consultare fin d'ora il Bartin (*Études de droit intern. privé,* Paris, Chevalier-Marescq 1899 pag. 106-112, 137, 139-143), il solo fra gli autori che a mia conoscenza si sono occupati del rinvio, che ne abbia esplicitamente trattato anche rispetto al diritto processuale internazionale.

zessrecht, che presso l'*innerstaatlichen* compie lo stesso ufficio che il *völkerrechtliches Internationalprivatrecht* presso le norme di collisione di diritto privato dei singoli Stati (1). Il diritto processuale civile internazionale attualmente vigente è per la massima parte frazionato per Stati, ciascuno concependo e formulando in modo del tutto indipendente quelle che al rispettivo legislatore sembrano le norme ideali. In misura bensì limitata, ma pur tuttavia esistono dei principî giuridici internazionali, che si trovano riprodotti in tutte le legislazioni processuali e possono riguardarsi come le prime basi di un sistema di regole uniformi destinate un giorno a regolare i rapporti processuali fra Stati concordi circa la perfetta uguaglianza delle rispettive sovranità. Per procedere da queste basi all'innalzamento dell'edificio coopereranno la scienza e la diplomazia, quest'ultima facendo uniformare le volontà dei singoli Stati alle norme, che la prima avrà elaborate fecondando coll'ideale il risultato di studi comparativi.

3. — Il diritto processuale civile nel suo complesso appartiene indubbiamente al diritto pubblico, perchè è giuridico pubblico lo scopo suo immediato consistente nell'osservanza dell'ordi-

(1) Zitelmann op. cit. II, 224.

namento giuridico [1]. Corrispondentemente dovrebbe dirsi che il diritto processuale civile internazionale appartiene al diritto internazionale pubblico, in quanto nella maggior parte almeno delle sue norme esso considera i poteri dei diversi Stati in rapporto tra di loro.

Invero la determinazione dalla sfera reciproca delle attività giurisdizionali dei singoli Stati poggia essenzialmente sugli stessi criteri di diritto internazionale pubblico, che prestano il regolamento generale dell' attività degli Stati e quindi dei loro vari organi nella comunione internazionale.

L' interesse della amministrazione della giustizia, concepito in modo così largo da rendere pressochè irrilevante il concetto di cittadinanza e da prescindere dai confini territoriali, dà origine a rapporti di intensa cooperazione internazionale, i quali possono secondo la loro natura considerarsi come una serie di quella grande categoria di rapporti, che costituiscono l' oggetto del diritto internazionale amministrativo. Là dove nel campo interno è lecito parlare di un diritto processuale amministrativo, nel campo internazionale si può affermare l' esistenza di un diritto processuale amministrativo internazionale [2].

[1] WACH, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts vol. I, (Leipzig 1885) pag. 114-7 coi richiami in nota 1.

[2] ZITELMANN, op. cit., vol. II pag. 226.

La cooperazione fra Stati nell' interesse dell' amministrazione della giustizia è causa di un altro punto di contatto, relativo al lato formale, fra diritto processuale civile internazionale e diritto internazionale pubblico. Mentre la fonte predominante del diritto internazionale privato è ancora la legge, il trattato ha sempre avuto una parte rilevantissima nella formazione del diritto processuale civile internazionale; e una fitta rete di rapporti convenzionali esistenti da lungo tempo per binomi di Stati può servire di base per accordi collettivi, come quello già stipulato all' Aja nel 1896, che può considerarsi quale un primo passo verso l' *Unione giudiziaria* or fa un trentennio vagheggiata dall' Asser.

Ma tutto ciò non è sufficiente per fare entrare la nostra materia nel sistema del diritto internazionale pubblico, al quale non potrebbero legittimamente appartenere che la posizione dei principî fondamentali e il regolamento degl' interessi collettivi attinenti all' amministrazione della giustizia. Dire che al diritto internazionale pubblico compete la posizione dei postulati fondamentali, su cui poggia il diritto processuale internazionale, non vuol punto dire che nel primo sia legittimamente compresa la trattazione del secondo, allo stesso modo che non potrebbe dirsi legittimo fare del diritto internazionale privato nulla più che un capitolo del diritto internazio-

nale pubblico, per quanto in questo debbano rintracciarsi i principî fondamentali circa la posizione reciproca degli Stati rispetto alla loro sovranità esplicantesi nella legislazione di diritto privato. Osserva giustamente il Meili, che la scienza del diritto processuale internazionale non sarà mai adeguata al suo scopo, se indica la propria materia come appartenente al campo del diritto internazionale pubblico e ad esso la affida; esistono, è vero, fra le due discipline intimi rapporti, ma il diritto internazionale pubblico non si occupa nè può occuparsi nel dettaglio delle questioni del processuale, onde resterebbe senza speranza il ricorrere per le soluzioni che questo deve dare alle norme poste da quello [1].

Egualmente non potrebbe autorizzare a trattare il diritto processuale internazionale come una parte del pubblico il riflesso del tutto formale che il primo fornisce largo tratto del compito suo mediante convenzioni. I trattati dal punto di vista formale appartengono tutti indubbiamente al diritto internazionale pubblico, ma dal punto di vista sostanziale, il solo che debba avere nel sistema legittima influenza, vi appartengono soltanto quando il loro contenuto giuridico si esaurisce completamente in un rapporto fra Stati come collettività o subbietti di diritto.

[1] Meili, op. cit., vol. I, pag. 7-8.

Quando invece il loro contenuto giuridico prosegue in rapporti ulteriori da stabilirsi fra lo Stato e gli stranieri, allora essi devono secondo i casi ascriversi al diritto internazionale amministrativo o penale o privato o processuale. Così per il loro oggetto esulano dal campo del diritto internazionale pubblico e rientrano in quello del civile processuale i trattati, che fissano la posizione del singolo nel diritto processuale straniero o comunque, determinando la cooperazione fra Stati nell' interesse dell' amministrazione della giustizia, danno origine a diritti pubblici individuali (1).

Non è forse superfluo rilevare che l'attenersi al carattere formale prevalente della nostra materia per svolgerla nel sistema del diritto internazionale pubblico (2) avrebbe il grave inconveniente di renderne la trattazione frammentaria, doven-

(1) Evidentemente le nostre osservazioni valgono anche per il diritto internazionale, che non ha forma convenzionale; onde può considerarsi giusto quanto allo stesso nostro intento scrive il WALKER op. cit. pag. 16-17.

(2) Soltanto da questo punto di vista formale il LAMMASCH considera il diritto processuale civile internazionale parlando dei *Verträge über Rechtshilfe in Civilstreitsachen* nell' *Handbuch des Völkerrechts* dell' *Holtzendorff* vol. III pag. 345-453. Ricordo l' Handbuch dell' HOLTZENDORFF per l' ampiezza e serietà di svolgimento, che vi ha il diritto processuale studiato sulla base dei trattati; ma dal punto di vista che ora c' interessa potrebbero citarsi quasi tutti i più noti trattati di diritto internazionale pubblico.

dosi per necessità seguire lo stato del diritto positivo convenzionale in un dato momento storico e quindi limitare il proprio oggetto alle questioni, che hanno avuto comunque un regolamento internazionale; donde ancora la conseguenza della facile mancanza di connessione fra i singoli argomenti e del frequente bisogno di rinvii per non contravvenire al criterio, in forza del quale la materia è assegnata al diritto internazionale pubblico [1].

Per diverse ragioni non è d'altro canto neppure ammissibile l'opinione dominante, secondo la quale il diritto processuale civile internazionale deve considerarsi come una parte dell'internazionale privato [2]. Non deve trarre in inganno la corrispondenza formale dei due problemi fondamentali delle due discipline; se anche la nostra disciplina ha per oggetto il porre delle norme di collisione, che determinino fra più leggi concorrenti quale è quella applicabile a dati rapporti giuridici, non si può dimenticare

[1] L'osservazione è fatta dallo stesso LAMMASCH per giustificare le deficienze della sua trattazione dal punto di vista sistematico: HANDBUCH cit. vol. III, pag. 347.

[2] È inutile fare citazioni: bisognerebbe ricordare quasi tutti i trattati di diritto internazionale privato, che appunto per la ragione additata nel testo costituiscono la parte di gran lunga prevalente nella bibliografia della disciplina di cui intendiamo occuparci.

che leggi e rapporti giuridici hanno qui un carattere del tutto diverso da quello che è proprio delle leggi e dei rapporti giuridici del diritto internazionale privato ([1]). Questa diversità, come è necessario, produce una varia. caratterizzazione dei conflitti e delle norme relative, differenzia ciò in tal guisa la materia da quella che è propria dell' internazionale privato da dare allo studio relativo una propria e distinta fisionomia. Il diritto processuale internazionale ha le sue radici nel diritto pubblico e però è molto fortemente influenzato dal punto di vista della sovranità statuale ([2]); le regole da esso elaborate sono

([1]) Di fronte a questa semplice osservazione non so qual valore possa avere la ragione addotta dal von Bar: « Auch ein Process ist ein Rechtsverhältniss, und so wird auch die internationale Anwendung der Processrechtssätze im internationalen Privatrechte mitbehandelt » (Theorie und Praxis des intern. Privatrechts I, pag. 3 nota 2). Che se questa non è altro che l' indicazione dell' estensione, che egli intende dare al diritto internazionale privato, domanderei se sia seria la ragione seguente: « Das internationale Privatrecht bestimmt die Competenz der Gesetzgebung der einzelnen Staaten für die privaten Rechtsverhältnisse, und da von der Competenz der Gesetzgebung abbängt die Competenz der etwa in die Privatrechtsverhältnisse eingreifenden Acte der Staatsgewalt (der Gerichte, Behörden), so sagt man doch deutlicher: das internationale Privatrecht bestimmt die Competenz der Gesetzgebung und der Organe (Gerichte, Behörden) der einzelnen Staaten für die privaten Rechtsverhältnisse » (pag. 3-4).

([2]) Walker op. cit. pag. 17; Meili, op. cit., vol. I, pag. 7.

poi in così stretta connessione coi principî della organizzazione politica ed amministrativa degli Stati da esser rese assai meno nette e precise di quelle che regolano i conflitti di leggi civili in generale (1).

Il diritto processuale interno, che per il suo scopo e per il carattere della parte prevalente delle sue norme si ascrive al diritto pubblico, appare all'analisi di così varia formazione da far dire che in esso cadono le barriere pazientemente edificate dalla dottrina fra il diritto privato e il pubblico (2). Un recente scrittore nostro ha affermato che nel processo civile il diritto si spiega nella totalità dei suoi lati e dei suoi rapporti e in esso si agitano e vivono tutte le leggi giuridiche, da quelle che governano l'interesse del singolo a quelle che regolano il potere sovrano dello Stato, così che attribuire il processo più al diritto pubblico che al privato equivale a rimpiccolirlo (3). Or come il diritto processuale ha un patrimonio autonomo e differenziato tanto da quello del diritto pubblico che da quello del diritto privato, così potrebbe dirsi ragionevol-

(1) PILLET, Principes de droit intern. privé, Paris-Grenoble 1903 pag. 231 e 237-240.

(2) MORTARA, Comm. al Cod. e alle leggi di proc. civ. vol. II pag. 538 n. 417.

(3) CHIOVENDA, L'azione nel sistema dei diritti, Bologna, Zanichelli 1903, pag. 122-3.

mente che anche il diritto processuale civile internazionale vive di vita indipendente ed ha del bizantino la questione d'insolubile soluzione se esso appartenga piuttosto al diritto internazionale pubblico che al diritto internazionale privato. Ma questa conclusione a noi non basta, dovendo procedere a dimostrare come i suoi rapporti col diritto internazionale privato siano così stretti e numerosi da far ravvisare in quest'ultimo il suo *genus proximum* e da giustificare una notevole comunanza di ragioni sistematiche.

4. — Vale anzitutto anche per noi un'osservazione più volte fatta nel campo del diritto interno e che qui riferisco colle parole dell'Orlando: « Storicamente, siccome le norme del diritto giudiziario hanno un'importanza pratica non minore di quella del comune diritto privato, così quello stesso largo e secolare sviluppo, che costituisce la forza peculiarissima del diritto privato, può dirsi comune al diritto giudiziario. Da ciò questa conseguenza di fatto, cioè che l'ordinamento giurisdizionale, che è indubbiamente diritto pubblico, quanto alla sua formazione e al suo progresso scientifico, segue le sorti del diritto privato, sino al punto da passare ancora esso attraverso la forma della codificazione » (1).

(1) ORLANDO, Introduzione al diritto amministrativo nel *Trattato di dir. amm. it.* diretto dallo Stesso vol. I, pag. 70.

Invero anche il diritto processuale civile internazionale sorse contemporaneamente e si svolse parallelamente al diritto internazionale privato e per quanto il suo progresso scientifico non abbia raggiunto il relativo grado di perfezione, a cui è arrivato quest' ultimo, può dirsi che ne abbia seguite le sorti pedissequamente. Tale associazione non deriva, come del resto è naturale, da una pura e semplice accidentalità storica, ma da intime ragioni di colleganza, che hanno il loro riflesso necessario nell' ordinamento sistematico, poichè gli stretti rapporti di contatto, d' intreccio e d' influenza reciproca fra diritto privato e diritto processuale non soltanto si riverberano nel campo internazionale, ma vi acquistano di intensità.

Ogni sistema di diritto privato non può tralasciare di dare un capitolo sulla protezione dei diritti, che segue appunto per mezzo del processo civile. Se la possibilità di farli valere giudizialmente è un elemento essenziale dei diritti subbiettivi perfetti e il farli valere effettivamente mediante il processo è un atto del loro esercizio, all' ordinamento giuridico materiale compete l' esame del modo nel quale il diritto subbiettivo appare in questo suo esercizio e specialmente del modo nel quale l' esercizio del diritto subbiettivo si fonda sui singoli atti processuali. Lo studio del diritto subbiettivo nel mo-

mento di procedere alla sua attuazione non può per ragioni analoghe sfuggire neppure al diritto internazionale privato, il quale, poste le regole astratte, secondo le quali il giudice deve scegliere il diritto applicabile per giudicare di rapporti materiali contestati, non può non mostrare come si determina la loro applicazione nei singoli atti o fasi del processo, per cui passano le questioni giuridiche materiali [1]. Ecco dunque come il diritto internazionale privato comincia ad incontrarsi col diritto processuale civile internazionale, per quanto poi sia animato da un diverso obbiettivo e per conseguenza consideri certi problemi, che rientrano direttamente nella nostra materia, da un particolare angolo visuale.

L' azione, che, come più ampiamente avremo occasione di vedere in seguito, dà vita ad un rapporto giuridico pubblico, non può dirsi certo che per il suo contenuto sia di esclusiva pertinenza del diritto pubblico. Essa infatti — riferisco le eccellenti osservazioni del Mortara — « ha una natura complessa, che nasce dall' as-

[1] Cfr. ZITELMANN, op. cit., vol. II pag. 222-3. Attuando le sue idee questo Autore ha dedicato alla protezione dei diritti un lungo capitolo del suo trattato di diritto internazionale privato (vol. II, cap. V pag. 222-297), dove nonostante le molte sottigliezze e nebulosità si contiene un eccellente svolgimento delle maggiori questioni fondamentali del diritto processuale civile internazionale.

sociazione di un rapporto di diritto pubblico con uno che è per lo più di diritto privato; e siffatta associazione non avviene per un processo chimico, il quale faccia sparire i caratteri primitivi dei due rapporti; bensì per un processo semplicemente meccanico in virtù del quale, pur accomunandosi le finalità dei rispettivi movimenti, e unificandosi la direzione e la tendenza di essi, rimangono sempre visibili le traccie della distinzione. Se l' attività degli organi giurisdizionali è intenta alla tutela del diritto obbiettivo, onde mediatamente serve a quella del diritto subbiettivo, l' attività dei soggetti privati è intenta alla protezione o legittimazione immediata delle facoltà o ragioni individuali venute a contrasto. Adunque, nel rappresentarci l' azione giudiziaria come una entità giuridica composta e in istato di movimento possiamo dire che l' utilità sociale della difesa del diritto obbiettivo costituisce l' involucro, mentre la utilità privata della tutela dei diritti subbiettivi ne forma il nucleo. È per siffatto motivo che la teoria generale del diritto processuale e gli svolgimenti particolari di essa hanno contatti innumerevoli e costanti con le teorie e i principî del diritto materiale e dagli istituti e dalle norme di questo si proiettano irradiazioni su quello » [1]. Quest' analisi,

[1] MORTARA, Commentario II, n. 417 pag. 538.

che permette di delineare una separazione sufficientemente netta per gli scopi pratici e dottrinali fra i presupposti sostanziali e quelli processuali dell'azione, ha la massima importanza nel campo del diritto internazionale. In quanto rappresenta lo svolgimento di un rapporto di diritto pubblico, il processo deve essere governato esclusivamente dal diritto territoriale: tutti i fenomeni processuali, nei quali si ravvisa spiccato il contatto delle parti col giudice e per esso coll' autorità dello Stato, non ammettono altra considerazione che quella della volontà dello Stato stesso, dove il processo si esplica. In quanto invece rappresenta l'esercizio o l'attuazione di un diritto privato e rende manifesto il rapporto, d'indole privata, fra le parti, il processo è governato a volte dalla legge territoriale, a volte anche da legge straniera secondo le regole normali del diritto internazionale privato.

Vivendo, come fu detto, di credito (¹), il diritto processuale mutua al privato numerosi concetti giuridici; così ad esempio per stabilire la capacità di parte e la capacità processuale esso mette a profitto i concetti civilistici della capacità di diritto e della capacità di agire. Nei casi corrispondenti il diritto processuale civile internazionale utilizza concetti e norme forniti dal diritto

(¹) WETZELL, System des ordentl. C. P. pag. 330.

internazionale privato; così nell'esempio riferito per stabilire la legge regolante la capacità di parte e la capacità processuale utilizza la norma, che determina la legge regolante la capacità di diritto e la capacità di agire. Questi mutui rinsaldano i vincoli fra le due branche giuridiche; il trasporto nel campo dell'una di idee proprie dell'altra ha infatti una portata trascendente il puro fatto in se stesso, esercitando una notevole influenza nell'ordine sistematico.

È noto che il processo produce degli effetti di diritto materiale, il cui regolamento rientra nella competenza del diritto privato. Il dire che correlativamente al diritto internazionale privato spetta il determinare la legge applicabile alle conseguenze di diritto materiale di fatti processuali è dire cosa eccessivamente semplice di fronte alla gravità dei dubbi, che il principio presenta nella sua attuazione. Le difficoltà hanno origine nel campo interno, dove attraverso alle incertezze legislative la dottrina procede con fatica alla delimitazione fra diritto privato e diritto processuale [1].

Quanta maggior importanza abbia nel campo internazionale la ricerca atta a riconoscere se

[1] Cfr. su quest'opera di delimitazione WACH, op. cit., vol. I pag. 117 e segg.; BÜLOW, Absolute Rechtskraft des Urtheils in *Archiv f. civil. Praxis* vol. LXXXIII, pag. 1-152.

un dato principio giuridico appartenga all' uno o all' altro diritto [1] si rileva subito pensando che per tutte le questioni di natura giuridica materiale la determinazione della legge applicabile appartiene al diritto internazionale privato, mentre per tutte le questioni di natura giuridica processuale essa appartiene al diritto processuale internazionale, e che nei due casi le soluzioni possono essere profondamente diverse [2]. Ora osserva giustamente lo Zitelmann, che tale problema di qualificazione non appartiene più al diritto processuale civile internazionale che al diritto internazionale privato; come quest' ultimo presuppone già dato e limitato il concetto di diritto privato in contrapposizione ad ogni ramo del di-

[1] Cfr. Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, pag. 210 nota 106; Wach op. cit., vol. I, pag. 120.

[2] La distinzione fra norme giuridiche materiali e norme processuali s' impose sin dalle prime origini dello svolgimento del diritto processuale internazionale, concretandosi nell' antica formula della *litis ordinatio* e della *litis decisio*. Cfr. von Bar II, 363; Meili, *Geschichte und System des internationalen Privatrechts im Grundriss,* Leipzig 1892 pag. 138-9; Walker op. cit. pag. 18 e la nota 6 ivi. — Oggidì la distinzione assume una straordinaria importanza di fronte alla prevalente dottrina, che vuole assoluto nel campo processuale l' impero della *lex fori;* è infatti soltanto per essa che tale dottrina rende possibile nel processo la considerazione di principî giuridici stranieri. Vedi Dicey, op. cit. pag. 712.

ritto pubblico e quindi anche al diritto processuale, così il primo deve presupporre l'idea del diritto processuale specialmente in contrapposizione al diritto privato (1). Sono in massima d'accordo collo stesso Autore nel ritenere che il problema appartenga alla teoria giuridica generale e trascendendo, alcuno fino a un certo punto, dai singoli ordinamenti giuridici positivi debba essere risolto dal giudice in base alla sua libera opinione scientifica (2); ma a me basta aver qui ri–

(1) ZITELMANN, op. cit., vol. II, pag. 229.

(2) ZITELMANN op. e vol. cit. pag. 428. L'A. ha un'opinione più assoluta di quella che a me pare di potere accettare. Egli infatti ritiene che basti sempre la determinazione, astratta e scientifica fra diritto processuale e diritto materiale, a prescindere completamente dalle caratterizzazioni offerte dai singoli ordinamenti giuridici positivi, i quali in proposito mancano di competenza; io credo invece che di norma sia sufficiente il ricorso a quelle idee giuridiche generali, che si deve supporre abbiano ispirato tutti i legislatori, ma che in qualche caso s'imponga al giudice il contrasto tra diverse qualificazioni espressamente ordinate da vari legislatori. S'intende che bisogna andare molto guardinghi nel ritenere l'esistenza di un vero conflitto di qualificazione e che in particolare a ciò non basta che una stessa questione sia qui risolta con una norma contenuta nell'ordinamento giuridico processuale, là con una norma formalmente appartenente all'ordinamento giuridico materiale (Cfr. su ciò WACH op. cit. I, p. 117-8; von BAR op. cit. II, § 390, p. 363-4; MEILI *Das intern. Civilproressrecht* vol. I, pag. 5). Partendo da un concetto, che sarà in seguito più ampiamente svolto, io credo che in caso di vero e proprio conflitto il

levata l'esistenza di un problema, che s'impone egualmente alle due branche giuridiche e segna fra di esse un importante punto d'incontro, di un problema sopratutto, che sorgendo ad ogni piè sospinto nei due organismi giuridici determina colla sua varia soluzione una notevole varietà nella loro estensione reciproca e, coi dubbi a cui dà luogo, una intrusione scambievole di elementi dell'uno nel campo dell'altro.

Un'osservazione infine è da fare, che ha una notevole importanza sistematica. Anche quando su qualche punto siano sparite le incertezze dottrinali e sia stabilito l'accordo nell'attribuire certe date questioni al diritto processuale civile internazionale o al diritto internazionale privato, dal punto di vista del sistema potrà parere opportuno di trattarle invece nel diritto internazionale privato o nel diritto processuale civile internazionale. Vi sono per esempio degl'istituti, che indubbiamente appartengono a quest'ul-

giudice debba adottare la qualificazione data dal proprio legislatore e in conseguenza applicare o la norma di diritto internazionale privato o quella di diritto processuale civile internazionale, che si attagli alla qualificazione ricevuta. — Può essere fin d'ora istruttivo vedere in DICEY-MOORE op. cit. pag. 35, 712-3 e 718-721 a quali gravi contrasti dia luogo la larga estensione di significato, che i giuristi inglesi ed americani danno al termine *procedura* in confronto della diversa idea, che ne hanno i giuristi continentali.

timo diritto, ma che pure per certi lati interessano il primo; orbene per evitare smembramenti dannosi all'armonia della trattazione essi vengono svolti interamente nel diritto processuale internazionale anche in quella parte che eccederebbe la normale competenza di esso. Così fino a questi ultimi anni noi abbiamo visto nel sistema generale del diritto internazionale riservato al diritto processuale tutto intero lo studio del valore delle sentenze straniere anche quanto agli effetti di diritto materiale, che da esse derivano; soltanto da scrittori recentissimi vediamo stralciati questi effetti per svolgerli nella trattazione del diritto internazionale privato [1]. Il primo sistema mi sembra di gran lunga preferibile. Infatti il diritto processuale dà la nozione degli atti processuali e pone i concetti fondamentali per giudicare delle loro conseguenze; è del tutto

[1] Il più notevole di questi scrittori è lo ZITELMANN, il quale, come vedemmo, dedica un lungo capitolo del suo *Internationales Privatrecht* alla protezione dei diritti, dove parla dell'azione, dell'eccezione, della prova e degli effetti di diritto materiale del processo. Quest'ultima parte, che va da pag. 258 a pag. 297 del secondo volume, tratta degli effetti del principio del processo (pag. 262-266) e degli effetti delle sentenze; e per necessità di cose va ben oltre i confini del diritto materiale. Un altro scrittore recentissimo da ricordare è il PILLET, il quale nell'opera già citata parla degli effetti di diritto materiale delle sentenze straniere in un interessante capitolo sui diritti acquisiti nel diritto internazionale.

logico l'eccesso della propria normale competenza, che il diritto processuale internazionale commette collo studiare anche quelle conseguenze che hanno carattere di diritto materiale. Il diritto internazionale privato deve invece o procedere per rinvio al processuale con mancanza di chiarezza e di euritmia o dare un ampio svolgimento a concetti proprî del processuale, che rappresentano per il suo studio un presupposto necessario.

Sulla preferenza da accordare all'uno o all'altro sistema si discusse in Germania al momento della codificazione. I progetti del Gebhard sulla parte generale del Codice civile contenevano delle disposizioni relative agli effetti estraterritoriali della litipendenza e della sentenza, mentre il primo e il secondo progetto del Codice nel campo interno ricollegavano conseguenze di diritto privato anche ad altri momenti processuali (¹); ma nei progetti successivi e nella legge d'introduzione quelle disposizioni non figurarono più (²). Questa conclusione negativa era stata sostenuta dal Niemeyer. Egli osservò essere naturale e desiderabile, che il riconoscimento delle

(¹) NIEMEYER, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, Leipzig 1895, p. 21-23 e 46-48.

(²) ZITELMANN, op. cit. vol. II pag. 269 nota 174.

conseguenze processuali da una parte e delle conseguenze di diritto materiale dall' altra, rispetto ai fatti processuali che si compiono all' estero, non sia fatto dipendere da diversi presupposti. Certo il legislatore non può dispensarsi dall' esaminare partitamente fino a quel punto le disposizioni esistenti del diritto processuale internazionale appaiono adeguate per le questioni di diritto materiale, a cui il diritto internazionale privato deve assegnare la legge applicabile; ma in ogni caso è giusto non dimentichi che la vera *sedes materiae* è il diritto processuale, in che sta il centro di gravità del significato dei fatti processuali; onde procederà senz'altro per rinvio al diritto processuale internazionale, quando nulla trovi da cambiare nei principî ivi posti, e nel caso inverso inserirà in esso le disposizioni modificative, riferendovisi poi nel sistema legislativo di diritto internazionale privato (¹).

Ai punti di contatto ora notati fra diritto processuale civile internazionale e diritto internazionale privato altri se ne devono aggiungere, che non costituiscono un riflesso nell' ordine internazionale di punti di contatto, che esistono fra diritto processuale e diritto privato, ma hanno una fisionomia tutta propria e caratteristica. Danno luogo in proposito ad interessanti consi-

(¹) NIEMEYER, op. cit., pag. 49-50; vedi anche la pag. 271.

derazioni le norme di giurisdizione internazionale, che riflettono la parte maggiore e più importante della nostra materia.

Ha ben ragione il Dicey quando osserva, che nel problema generale di diritto internazionale relativo a rapporti privati la questione che prima si presenta è una questione di giurisdizione e che soltanto allora che quest' ultima è risolta in senso affermativo, sorge la questione della scelta della legge atta a regolare il rapporto materiale [1]. Ma se è vero che il problema di diritto internazionale privato è secondario rispetto a quello della giurisdizione, é vero altresì che il primo può restare gravemente influenzato dalla soluzione che viene data al secondo. È chiaro in fatti che l' assegnazione della competenza per decidere di una data questione di diritto internazionale privato alla giurisdizione di uno o dell'altro Stato può agire in modo decisivo sulla determinazione concreta della legge applicabile al rapporto giuridico contestato. Possiamo pure prescindere dal considerare i sistemi ormai antiquati, che ponevano il principio della *lex fori* come base centrica di tutto quanto il diritto internazionale privato, e quei più moderni sistemi, che avvicinandosi più o meno alla dottrina del Wächter pretendono legare le questioni

[1] DICEY op. cit. pag. 2.

di competenza legislativa alle questioni di competenza giurisdizionale [1]: allora il diritto processuale internazionale conterrebbe in sè la soluzione dei conflitti di leggi, essendosi colla indicazione del giudice competente già data implicitamente la legge applicabile alla controversia [2]. Questo, che chiamerei processo giuridico economico, non ha ora che scarsissimo seguito nella dottrina e nella legislazione e pur tuttavia rimane per diverse vie notevole l'influenza delle norme di giurisdizione internazionale sull'applicazione del diritto materiale.

Anzitutto ogni Stato ha un proprio diritto internazionale privato, che nei principî fondamentali e nei dettagli differisce da quello proprio degli altri Stati; e siccome l'autorità giudiziaria non può applicare che il diritto internazionale privato vigente nel proprio Stato, l'attribuire una

[1] Cfr. Catellani. Il diritto internaz. privato e i suoi recenti progressi 2ª ediz. vol. II pag. 3 e segg. e 363-371.

[2] Ciò, osserva giustamente il Pillet op. cit. pag. 148 in nota, spiega la grande importanza attribuita da autori e giudici inglesi alle questioni di competenza giurisdizionale. Lo stesso Pillet aveva altrove dimostrato che il ravvicinamento, che il Savigny stabilisce fra la competenza giudiziaria e la competenza legislativa e che gli permette di ragionare dalla prima alla seconda, costituisce un processo d'argomentazione usuale — tanto è comodo e tentatore — fra i giuristi tedeschi. (*Revue pratique de droit intern. privé* vol. I, 1890-91, IIª parte pag. 117).

data controversia all' una o all' altra giurisdizione può voler dire sottoporla in merito a diverse norme di conflitto e quindi in definitiva a diversa legge materiale regolatrice. Tutto ciò è indubbiamente un effetto della imperfetta struttura dell' ordine giuridico internazionale, che si trova ancora concretato in tante singole frazioni individuate per Stati; soltanto quando questa causa mediante l' unità o l' uniformità delle norme di conflitto verrà eliminata, potrà dirsi di necessaria conseguenza eliminato anche l' effetto. Ma anche quando l' ideale della codificazione del diritto internazionale privato fosse raggiunto, non si potrebbe con molta probabilità dire eliminata ogni traccia dell' influenza della giurisdizione sul diritto materiale applicabile, essendo forse destinate a rimanere anche in un sistema unico quelle regole eccezionali ora esistenti, che rendono direttamente ed immediatamente applicabile la legge materiale del fòro adito in conflitti, che non possono in alcun modo risolversi mercè l' applicazione dei criteri normali e fondamentali di diritto internazionale privato. Sia dunque per la varietà delle norme di conflitto, sia per l' esistenza di casi ancor numerosi in cui per risolvere conflitti altrimenti insolubili si ricorre come per espediente all' applicazione della *lex fori*, l' attualità dell' esercizio della giurisdizione esplica

tuttavia una notevole efficacia nel regolamento dei rapporti privati internazionali.

Ma oltre quest' efficacia, derivante in gran parte dalle imperfezioni scientifiche e pratiche del diritto internazionale privato, havvene un' altra causata dalla mala influenza, che nell' animo dei giudici esercitano abitudini mentali inveterate. Di tale causa il Meili ci ha data una breve ma precisa analisi [1]. Anzitutto i giudici in mancanza di una precisa norma di collisione sono sempre disposti ad applicare la loro legge nazionale; il principio *in dubio pro lege fori*, che nessuna ragione teorica giustifica, induce non raramente nella pratica a far dipendere il diritto applicabile dalla giurisdizione dichiarata competente. Una seconda causa, che fa seguire la legge alla giurisdizione, sta nella resistenza delle vecchie e false idee intorno alla conoscenza del diritto straniero; per esse, quando le parti non si danno la pena di ricercare e di far valere nel processo il diritto straniero, il giudice si sente senz' altro autorizzato ad applicare il diritto nazionale. Infine, anche riconosciuta in massima l'applicazione del diritto straniero, il giudice vi porta così spesso, sia pure inconsciamente, l'influenza della sua educazione giuridica formata sulla base del diritto

[1] MEILI, Das internationale Civil-und Handelsrecht, Zürich 1902, vol. I pag. 191.

nazionale da far riapparire anche là dove meno si attenderebbe il legame fra la giurisdizione e la soluzione della controversia giudiziale.

Il nesso fra i due ordini di idee e di principî giuridici procede talora in modo inverso a quello fin qui esaminato. È nota infatti la tendenza a far determinare la giurisdizione dal diritto materiale applicabile al rapporto giuridico contestato; se ne fece eco anche l'Istituto di diritto internazionale nella sessione dell'Aja del 1875, ponendo fra i principî che dovrebbero ispirare le regole uniformi concernenti la competenza giudiziaria quello per cui nei limiti del possibile si deve far decidere dai giudici del paese, le cui leggi reggono un rapporto giuridico, le liti concernenti il rapporto stesso [1]. Riservata ogni discussione sul valore teorico e pratico di tale principio, mi basta di aver qui rilevata l'esistenza di altri numerosi casi, nei quali appare il vincolo reciproco fra diritto processuale civile internazionale e diritto internazionale privato.

5. — L'analogia, colla quale le due materie si presentano e che corrisponde alla sostanziale identità del problema, che nei due campi egualmente consiste nella determinazione della legge applicabile a dati rapporti giuridici, di diritto

[1] Annuaire de l'Institut de droit international vol. I pag. 80 e segg.

materiale nell' un caso, di diritto formale nell' altro, prosegue nelle ragioni di base, su cui poggia tutto l'assetto sistematico, e nei principî fondamentali, che servono a risolvere le questioni a ciascuno dei due campi pertinenti.

Meglio anzi che di analogia può parlarsi di identità sostanziale. Cosí l'idea della comunione di diritto fra Stati informa e domina con uguale indiscutibile intensità i due sistemi giuridici [1], sui quali poi operano le stesse norme fondamentali colla sola differenza di una ineguale estensione d'impero.

Il principio della territorialità della legge, che nonostante le riduzioni operate dalla più moderna dottrina ha ancora un largo campo d'applicazione nel diritto internazionale privato, nel diritto processuale civile internazionale ha una

[1] Tutte le idee basiche diverse, che la scienza ha sbandite dal sistema del diritto internazionale privato, devono per identità di ragioni sbandirsi anche dal sistema del diritto processuale civile internazionale. Così per esempio il principio della reciprocità non può trovare in quest' ultimo una giustificazione razionale, di cui è indubbiamente sprovvisto rispetto al primo; che se nel diritto processuale attualmente vigente esso conserva in fatto un' estensione di efficacia ben maggiore che non nel diritto internazionale privato positivo, fino al punto da comparire in legislazioni che gli sono per massima contrarie (vedi ad es. art. 105 n° 3 del nostro cod. di proc. civ.), è compito della scienza procedere al riguardo nei due campi giuridici ad un' opera di livellazione negativa.

importanza che direi assorbente, è ivi generalmente considerato come il massimo principio direttivo ed ha bensì una giustificazione sua propria corrispondente alla natura delle leggi processuali, ma non diversa nei concetti ispiratori da quella propria dello stesso principio nelle sue applicazioni alle leggi di diritto materiale [1].

Ma il principio della territorialità non è così assoluto e generale da escludere in ogni caso l' applicazione del diritto processuale straniero [2].

[1] Sul principio della territorialità della legge in materia processuale vedi i numerosi richiami di dottrina — particolarmente anglo-americana — fatti dal MEILI, Das intern. Civilprozessrecht I § 4 pag. 14-20. La base da porre a tale principio non dà luogo a serie contestazioni; soltanto può parere interessante respingere come erronea l' opinione molto diffusa e di cui già si fece difensore il MITTERMAIER (Ueber die Collision der Processgetze in *Arch. f. d. civil. Praxis* vol. XIII pag. 293-316), che vuol fondare la territorialità sulla natura pubblicistica del diritto processuale. Vale infatti in contrario la particolare composizione del diritto processuale, che secondo avvertimmo nelle pagine precedenti non si presenta affatto come un diritto di natura meramente pubblicistica; e vale in ogni caso il riflesso che il giudice può essere ed è spesso in fatto obbligato ad applicare anche il diritto pubblico straniero (VACH op. cit. I pag. 220 nota 4 e WALKER op. cit. pag. 25).

[2] Cfr. WACH op. cit. I, 220; VON BAR op. cit. II, 361; WALKER op. cit. pag. 22-5; MEILI op. cit. pag. 4-5. Giustamente il WACH (loc. cit. nota 4), respingendo l' opinione contraria, critica la base che pretende darvi il BÜLOW (*Arch. f. d. civil. Praxis* vol. LXIV pag. 51-61), secondo

Le norme di collisione nel nostro campo non obbligano il giudice ad applicare soltanto il diritto processuale interno; con che ogni funzione dottrinale e legislativa sarebbe per noi esaurita colla posizione di una semplice regola d'indole generalissima. Il principio della territorialità, osserva il von Bar, per quanto nel diritto processuale sia più dominante che non nel privato, dal punto di vista internazionale, non ha nei due campi un valore diverso: quando si dice che il giudice per quel che si riferisce al diritto processuale deve applicare soltanto il diritto del proprio Stato, si dice una cosa giusta solo nello stesso senso e in nessun altro senso che in quello che è vero per il diritto privato materiale. Il giudice deve prestare ubbidienza incondizionata alla legislazione del proprio Stato, ma se questo può escludere ogni riguardo alle altre legislazioni, non ne segue che esso ciò voglia in modo asso-

il quale il giudice compie nel processo un' attività statuale e per mezzo dell' applicazione del diritto straniero egli si renderebbe pubblico funzionario dello Stato straniero e verrebbe meno ai doveri verso il proprio Stato. È facile al Wach la risposta, che se il giudice applica il diritto processuale straniero ciò è soltanto perchè il proprio Stato lo consente e che tale applicazione ricorre anche rispetto ad atti processuali, che non sono del magistrato ma delle parti e quindi in circostanze, nelle quali non può venire in considerazione l' invocato punto di vista giuridico statuale.

luto e incondizionato, mentre in fatto è indotto anche qui a temperamenti dalle necessità del suo commercio ordinato e sicuro, dalla natura delle cose, dalla tradizione e da certi principî di diritto internazionale, che le legislazioni dei singoli Stati non possono violare senza sciogliersi dalla generale società degli Stati civili. (1)

È ben giusto che la *lex fori* si applichi al processo considerato nella sua totalità come uno speciale rapporto giuridico e che l'autorità dello Stato non possa diventare immediatamente attiva per l'accertamento e la realizzazione di diritti privati sotto altri presupposti e con forme diverse da quelle fissate nel proprio ordinamento giuridico processuale (2); ma ciò non toglie che rispetto a singole questioni processuali possa determinarsi

(1) Von Bar II, 362.

(2) Von Bar op. cit. I § 34 pag. 119, II § 388 pag. 357-8. Acuto, sebbene non pare possa avere una forza convincente esclusiva, è il punto di vista, da cui questo scrittore si pone per giustificare in materia processuale l'impero dominante della *lex fori*. Il processo, egli dice, con tutte le sue forme e i suoi atti giudiziali e di parte ha un solo scopo, quello di formare nel tribunale il convincimento dell'esistenza o non esistenza dei diritti venuti in contestazione, e come per la persona singola un convincimento è possibile esclusivamente secondo la misura della propria individualità, così anche per la potestà statuale rappresentata nei tribunali quel convincimento può considerarsi come esistente soltanto allora quando esso corrisponde ai presupposti ordinati per lo Stato individualmente.

l' applicazione del diritto processuale straniero [1]. Le *lex fori* viene anzitutto e principalmente limitata dal principio *locus regit actum*, che applicandosi anche agli atti processuali ne determina la validità formale in base alla legge del luogo dove furono fatti, a qualunque diverso Stato appartenga il tribunale decidente, davanti al quale se ne vogliano far produrre gli effetti [2]. Ma l' applicazione del diritto processuale straniero può risultare anche da altre vie: basta pensare agli atti di cooperazione giudiziaria e a quel regolamento della capacità di entrare in rapporti processuali e di compiere atti processuali che si presenta cogli stessi caratteri, che ha il cosiddetto statuto personale nel campo del diritto privato.

In un certo senso può dirsi che anche nel diritto processuale civile internazionale esista ed esplichi la sua efficacia il principio dell'autonomia della volontà. Dal perchè il diritto processuale sia diritto pubblico sarebbe inesatto concludere che esso abbia una forza maggiore che il diritto privato. È giusto rilevare che i principî giuridici processuali sono per la parte maggiore e più importante assoluti e che nel dubbio, e salvo una

(1) CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 825; VON BAR op. cit. I pag. 361; ZITELMANN op. cit. II, pag. 224.

(2) WACH op. cit. I p. 222-8 e 248; VON BAR I, 343 e II, 358-360.

espressa determinazione della legge, essi devono ritenersi come cogenti; ma bisogna pure riconoscere l'esistenza di un diritto processuale semplicemente dispositivo, che obbliga le parti soltanto in modo condizionato, per il caso cioè che esse non abbiano manifestata una diversa volontà circa il regolamento di un dato rapporto processuale (1). Questa parte di diritto dispositivo, che è varia di estensione e di contenuto nelle diverse legislazioni processuali (2), si estende anche agli stranieri; rispetto ai quali dunque l'autonomia della volontà non consiste nella possibilità giuridica di dichiarare a piacere come applicabile un dato diritto processuale per il loro rapporto contestato, ma nella facoltà di valersi come i cittadini delle norme di diritto dispositivo, il che può avere pure degli effetti internazionali come nel caso del *forum prorogatum.*

La regola generale dell'ordine pubblico vale anche nel diritto processuale civile internazionale. Anche in quest'ultimo infatti è, come vedemmo,

(1) Cfr. su tale interessante argomento gli articoli del Bülow: *Dispositives Civilprozessrecht* e *Absolute Rechtskraft des Urtheils* in *Arch. f. civil. Praxis* vol. XLIV pag. 1-109 e vol. LXXXIII pag. 1-152. Vedi anche Wach op. cit. I, pag. 188; Schmidt, op. cit. § 19 pag. 101-3; Bunsen, Lehrbuch der deutschen Civilprozessrechts, Berlin, 1900, pag. 7.

(2) Vedi i molti esempi riferiti dal Meili, Das internationale Civilprozessrecht I pag. 20-28.

ben possibile che un diritto subbiettivo delle parti sia sorto e regolato da una legge straniera; possono quindi darsi legittimamente dei casi, in cui la normale efficacia estraterritoriale della legge straniera sia eliminata da una legge interna, il cui valore coercitivo ed assoluto derivi da motivi analoghi a quelli che caratterizzano le norme d'ordine pubblico nel campo del diritto internazionale privato. Perchè ciò avvenga, come di fatti avviene in molti casi [1], non v'è bisogno di un'esplicita e speciale riserva da parte del legislatore territoriale; e pur tuttavia in uno di quei casi, in quello cioè riguardante l'esecuzione delle sentenze, tale riserva si trova quasi costantemente posta nelle leggi e nelle convenzioni [2].

6. — Tutte le affinità notate, che indubbiamente sono più rilevanti delle differenze, non tolgono nè la possibilità nè il bisogno di costituire il diritto processuale internazionale in un corpo di dottrina autonomo di fronte a quello del diritto internazionale privato. Io credo anzi di potere in proposito avvertire un fenomeno ben frequente nelle discipline di nuova formazione,

[1] Avremo occasione di esaminare questi casi in seguito. Può intanto consultarsi l'enumerazione che ne fa il Meili op. e vol. cit. pag. 40-1.

[2] Vedi su questa riserva speciale circa l'esecuzione delle sentenze straniere le disposizioni legislative e convenzionali riferite dal Meili op. e vol. cit. pag. 41-2.

il cui imperfetto assetto scientifico deriva appunto dagli sforzi lungamente durati per emanciparsi da quelle antiche discipline, nel cui seno germogliarono.

È infatti osservabile il fenomeno a primo aspetto strano, che mentre i documenti legislativi e diplomatici sono molto più copiosi e frequenti nel campo del diritto processuale civile internazionale che non in quello del diritto internazionale privato, il primo ha un' elaborazione scientifica assai inferiore al secondo. Fin dalle origini la trattazione delle questioni di diritto processuale civile internazionale seguì parallela con quella delle altre materie relative alla collisione degli statuti e passò per identiche fasi storiche, a cominciare da quella in cui l' autorità del diritto romano si riteneva un passaporto necessario per introdurre soluzioni giuridiche nuove richieste dai nuovi rapporti della vita. Tuttavia i giuristi medioevali non riuscirono mai ad elaborare un sistema di diritto processuale civile internazionale, non essendosi preoccupati essenzialmente che di due questioni principali e cioè della limitazione delle *ordinatoria e decisoria litis* e della esecuzione delle sentenze [1]. A distanza di secoli non può dirsi che il progresso sia stato grande dal punto di vista sistematico. Anche oggi più che

[1] Cfr. MEILI, op. e vol. cit. pag. 10-14.

alla costruzione organica del sistema l'attenzione dei giuristi è rivolta a particolari punti fondamentali: all'esecuzione delle sentenze straniere, che è frequentemente oggetto di studio indipendente ([1]); alle norme sulla giurisdizione, che trovano sede più frequente ed opportuna nel complesso sistema del diritto internazionale privato; e alle norme convenzionali di cooperazione fra Stati nell' interesse dell' amministrazione della giustizia, che per un punto di vista formale sono conglobate nel sistema del diritto internazionale pubblico. Così tutta la materia del diritto processuale civile internazionale è considerata esaurita; e le ellissi, come è facile comprendere, sono assai numerose. Ma, quello che più monta, nelle oscillazioni continue circa la propria *sedes materiae*, il materiale pur copiosissimo viene frazionato e direi quasi disperso fra il diritto internazionale pubblico, quello privato e il processuale interno, senza che intervenga un sicuro criterio organizzatore, cui solo potrebbe fornire lo studio completo e indipendente del processo civile nei rapporti internazionali. È inutile ch'io faccia rilevare gl'inconvenienti pratici di un metodo, che obbliga chi debba fare delle ricerche a ricorrere alle fonti

([1]) Non facciamo citazioni circa i lavori indipendenti su l'esecuzione delle sentenze straniere per non anticipare una bibliografia, che verrà a suo luogo.

più disparate senza aver mai la sicurezza di trovare quello che gli occorre; e quelli scientifici derivanti dalla mancanza di una organica completezza, che obbliga ad inutili quanto inevitabili ripetizioni e insieme a frequenti presupposizioni e rinvii.

È giusto notare che le imperfezioni derivanti dalla notata mancanza di autonomia stanno in rapporto colla natura propria della materia prima costituita dal diritto processuale interno. Il diritto internazionale privato è stato rappresentato come la proiezione nel campo internazionale di un dato diritto interno. Quest' immagine, che contiene una parte irrecusabile di verità, ha per noi il vantaggio di mostrare come dal diritto privato interno possano derivare e derivino in fatto all' internazionale le fondamentali ragioni sistematiche, che servono di base per la costituzione di una dottrina scientifica autonoma. Delle stesse attitudini non è fornito, per ragioni indipendenti dalla sua varia costituzione scientifica, il diritto processuale interno rispetto all' internazionale. Quest' ultimo, anche fatte le debite riserve, non può considerarsi come la proiezione integrale del primo nel campo internazionale; la proiezione si limita a dei punti prominenti ed è interrotta da grandi lacune oscure, che fanno perdere la visione dell' insieme. Il principio della territorialità, la cui portata, pure notevole, viene da molti con-

siderata come assorbente in materia processuale, serve da un lato ad attrarre nel campo del diritto interno anche delle norme, che troverebbero sede più opportuna nel campo dell'internazionale, e dall'altro, impedendo che molta materia del diritto processuale interno trovi nell'internazionale la sua corrispondente, impedisce che dal primo trapassino nel secondo le note fondamentali sistematiche.

Per effetto di queste assai gravi difficoltà da superare pochissimi sono i tentativi fatti per dare al diritto processuale civile internazionale una costruzione sistematica; onde quello che io ho intrapreso trova alla sua deficienza una facile ma valida scusa nella quasi totale mancanza di precedenti autorevoli [1].

Non intendiamo procedere qui ad un esame critico particolare delle diverse opere, che contengono una trattazione più o meno incompleta della nostra disciplina [2]; bisognerebbe fare una lunga

[1] Mai come ora mi è apparso vero e degno di essere invocato il detto di un giureconsulto inglese, il BUTLER (cit. dal LORIMER in *Revue de droit intern.* 1878 pag. 339), secondo il quale la scienza ispira a chi la coltiva dell'umiltà per se stesso e della carità per gli altri.

[2] Quest'esame critico, dai risultati indubbiamente negativi, è stato fatto con larga conoscenza della letteratura del diritto internazionale, e minore di quella del diritto processuale, dal CORSI, Studi di diritto internazionale privato. Prime regole di giurisdizione fra le autorità giudiziarie di Stati diversi. Torino, Bocca, 1900.

lista, oltre che di quasi tutti i trattati di diritto internazionale privato e di molti del pubblico, anche di trattati di diritto processuale interno dei diversi paesi ([1]), lista che non presenterebbe un diretto interesse dal momento che quanto di buono ciascun' opera contiene verrà utilizzato nello studio dei singoli argomenti. Punto confortante è poi il richiamo ai lavori d'indole speciale, i quali o trattano questioni staccate donde esula ogni ragione sistematica ([2]) o si limitano al commento del diritto positivo di un dato paese con riguardo predominante alla materia della giurisdizione e dell'esecuzione delle sentenze. Recentemente il Meili ha intrapresa una trattazione sistematica ed autonoma del diritto processuale civile internazionale. Per quanto il piano proposto sembri indubbiamente avere un valore sistematico superiore a quello degli autori precedenti, è difficile ritenere che lo svolgimento abbia un valore corrispondente. L' *Internatio-*

([1]) Oltre il citato lavoro del Corsi si possono consultare le note bibliografiche del Walker (op. cit. 1-14), le quali sono ben lungi dall'essere complete, ma hanno il vantaggio d'essere accompagnate dall'indicazione delle fonti per la conoscenza del diritto processuale civile internazionale.

([2]) Fra i lavori, che, pur trattando questioni singole di diritto processuale internazionale, vi hanno dato una qualche impronta sistematica, molto notevole è quello più volte citato del Walker.

nale Civilprozessrecht, che fa seguito all'opera di diritto materiale *Internationale civil-und Handelsrecht* (Zürich 1902), è, secondo l'Autore stesso confessa, condotto collo stesso metodo, che lo fa una raccolta utilissima di materiali più che un trattato, dove la discussione scientifica dei principî ponga una salda base alla serie delle applicazioni pratiche. Del resto l'opera è ancora appena al primo volume e se la lettura di questo conferma nell'opinione accennata, sarebbe forse azzardato dare sin d'ora un giudizio definitivo.

7. — L'idea che mi guida in questo lavoro è tanto semplice ad esprimere quanto difficile ad attuare, l'idea cioè di dare al diritto processuale civile internazionale una costruzione così scientificamente autonoma come quella di cui gode il diritto processuale interno. E poichè il primo è una derivazione o, se meglio vuol dirsi, una applicazione del secondo nei rapporti internazionali, io credo che alla scienza processualistica in genere occorra rivolgersi per avere i primi soccorsi all'ardua impresa. Sopratutto la dottrina tedesca, insuperabile nella dogmatica e nel nostro campo in modo speciale feconda apportatrice di un grande rinnovamento scientifico, ci sarà dì aiuto prezioso per fissare le grandi linee del nuovo edificio e dare a molti argomenti speciali una direzione nuova di modernità.

Il metodo che ci guiderà nella nostra impresa

non sarà diverso da quello che altre volte ponemmo in modo astratto circa il diritto internazionale privato [1]. Non sarà in modo esclusivo nè il metodo universale nè quello individuale, ma quell'equo contemperamento dei due, che solo corrisponde alle esigenze scientifiche.

La considerazione del diritto positivo di un solo paese sarebbe del tutto inadeguata alla natura internazionale della materia del nostro studio e alla sua spiccata tendenza verso l'unità [2]; mentre la troppo esclusiva visione della lontana meta ideale può fare smarrire il senso della realtà e condurre alla posizione astratta di norme, che siano troppo lungi dalla possibilità di diventare diritto positivo. Il desiderio di fare anche cosa utile alla nostra pratica giudiziaria c'indurrà a trattenerci di preferenza sul diritto vigente in Italia; ma ciò non esclude, anzi riconferma l'intento di studiare anche il diritto legislativo e convenzionale degli altri paesi, onde emerga dalla

[1] Cfr. il mio studio: Ufficio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato in *Arch. giur.* nuova serie vol. X pag. 240-4.

[2] Il MEILI (op. e vol. cit. pag. 23-29) documenta fin da principio questa tendenza del diritto processuale civile internazionale, che per noi invece risulterà a poco a poco dallo svolgimento dei singoli argomenti. Contro la chimera di una codificazione comprensiva del diritto processuale di tutti gli Stati della terra o anche soltanto degli Stati europei giustamente il WALKER op. cit. pag. 19-20.

comparazione la via, che è segnata ai probabili e meno lontani rinnovamenti (¹).

Un' ultima osservazione. Convinti che lo studio del passato per sè non abbia valore se non lo si ponga in raffronto col presente, noi utilizzeremo la storia partitamente, di mano in mano che l'occasione si presenti. Tralasceremo pertanto in questo come in tutti i nostri lavori precedenti quel capitolo storico introduttivo, che pare diventato di rito, indotti a ciò dall'antica convinzione della perfetta inutilità di un riassunto di notizie storiche, le cui fonti di dominio pubblico possono rintracciarsi con molta facilità; mentre una storia condotta con criteri rigorosamente scientifici sulle fonti originali, quando pure speciali condizioni favorevoli la rendessero possibile a un cultore di una particolare disciplina, sottrarrebbe un tempo prezioso utilizzabile nelle ricerche dogmatiche e di diritto positivo.

8. — Questo primo volume, che licenzio al

(¹) Fonte principalissima per la conoscenza delle legislazioni straniere sull' argomento del nostro studio è l' opera enciclopedica pubblicata da LESKE und LOEWENFELD, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Darstellung der Justizorganisation, des Civilprozessrechts, des Konkursrechts, der Erbschaftsregulierung und der Konsulargerichtsbarkeit in den Europäischen und Aussereuropäischen Staaten. Berlin, Heymanns vol. I 1895; vol. II 1897; vol. III parte 1ª 1901. I dati ivi raccolti meritano tanto maggior fede in quanto sono quasi sempre forniti da scrittori nazionali del paese, la cui legislazione viene esposta.

pubblico colla tenue speranza che le accoglienze che esso avrà m' indurranno a pubblicare il secondo con relativa sollecitudine, è inteso a svolgere la parte generale consistente nello studio degli elementi costitutivi del giudizio, per quanto hanno d' internazionalmente rilevante, e cioè:

1. delle parti contendenti;
2. del giudice;
3. del diritto obbiettivo da applicare e del rapporto in che con questo diritto sta il giudice;
4. dell'oggetto del giudizio ossia delle azioni e delle eccezioni.

La parte speciale seguirà occupandosi dei vari stadi del processo e cioè dell' introduzione dell' azione, della competenza, delle prove, della sentenza e della sua esecuzione.

CAPITOLO I.

Posizione degli stranieri come parti nel processo civile.

1. Posizione generale dello straniero nell' ordinamento giuridico statuale. — 2. Caratterizzazione del diritto d'agire. — 3. Concessione agli stranieri del diritto d' agire. — 4. Portata di questa concessione. — 5. Diritto degli stranieri di ricorrere all' autorità giudiziaria in sede di giurisdizione volontaria. — 6. Diritto degli stranieri di ricorrere all' autorità amministrativa. In nota: gli stranieri e il diritto di petizione. — 7. Cenni storici sulla concessione agli stranieri del diritto di agire. — 8. Il diritto positivo attualmente vigente in proposito. — 9. Limiti al diritto d' agire degli stranieri: la *cautio judicatum solvi.* — 10. Obbligo dello straniero di prestarsi come convenuto. — 11. Diminuzione della posizione dello straniero convenuto in confronto di quella del cittadino. — 12. Regolamento giuridico internazionale della capacità degli stranieri di essere parte nel processo civile. — 13. Capacità di parte degli Stati stranieri e della S. Sede. — 14. *Idem* delle persone giuridiche pubbliche straniere. — 15. *Idem* delle persone giuridiche straniere di diritto privato. — 16. *Idem* delle società commerciali straniere. — 17. *Idem* delle società civili e associazioni straniere sprovviste di personalità giuridica. — 18. Regolamento giuridico internazionale della capacità di stare in giudizio o capacità processuale degli stranieri. —

1. — Il riconoscimento della personalità giuridica dell' uomo come tale è ormai un principio, che l' etica moderna ha posto su basi incrollabili. Nella sua apparizione corporea l' uomo ha il titolo alla capacità giuridica, alla possibilità cioè di essere soggetto di diritti [1]. Di fronte a questo concetto generale la nazionalità dell' individuo è dal tutto irrilevante. Se la necessità etica poggia sulla nota fondamentale umana, essa s' impone allo Stato tanto in rapporto al cittadino che allo straniero.

Nelle legislazioni moderne, procedenti per comandi e per divieti e rifuggenti dalle dichiarazioni puramente dottrinali, il riconoscimento della personalità giuridica dell' uomo è un generale presupposto implicitamente contenuto nei diritti, che vengono accordati ai cittadini ed agli stranieri [2]. Quanto a questi ultimi il complesso delle

[1] Cfr. Grasso, I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino, Genova, 1898 pag. 116-117 e i numerosi richiami dottrinali ivi fatti nelle note.

[2] Tuttavia anche in alcune legislazioni moderne il riconoscimento della personalità giuridica dell' uomo è oggetto

leggi interne e dei trattati, che ne determinano la condizione giuridica, è argomento più che sufficiente per ritenere l'esistenza di un dovere giuridico internazionale, che impone allo Stato di riconoscere anche lo straniero per la sua qualità di uomo come soggetto di diritto [1]. Ma al disotto di questo principio generale pare cessi il dovere giuridico di ciascuno Stato verso gli altri, pare cioè che quando la generica ed astratta capacità giuridica ha la sua specificazione in diritti concreti, si rientri nella libera ed autonoma determinazione statuale, che si manifesta in grande

di un' esplicita dichiarazione filosofica. Es: Cod. civ. austriaco § 16: « Ogni uomo ha dei diritti innati, che si conoscono colla sola ragione; perciò è da considerarsi come persona.... » e § 18: « Ognuno, sotto le condizioni prescritte dalla legge, é capace di acquistare diritti ». Cod. civ. portoghese del 1867 art. 1°: « Ogni uomo è suscettibile di diritti e di obbligazioni. In ciò consiste la sua capacità giuridica o personalità ». Cod. civ. di Berna in capo alla prima parte relativa ai diritti delle persone: « Ogni uomo è capace sotto le condizioni richieste dalla legge di acquistare diritti e contrarre obbligazioni; e sotto questo aspetto si dice una persona ». Il cod. civ. sassone al § 30 diceva: « Ogni uomo è capace di diritti ».

[1] Cfr. Anzilotti, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Firenze, Lumachi, 1902 pag. 126 e gli autori ivi citati in nota. Si avverta, rispetto a quanto è affermato nel testo, la superiorità dell' ordine internazionale sull' ordine interno: in questo infatti il riconoscimento della personalità dell' uomo s' impone allo Stato per *dovere etico*, in quello per *dovere giuridico*.

varietà di leggi e di trattati circa la condizione degli stranieri. Ad ogni modo una precisa dimostrazione di ciò sarebbe impossibile senza prendere per base le categorie dei diritti individuali, che la scienza del diritto in genere e quella del diritto pubblico in ispecie son venute elaborando.

Le diverse forme di attività, nelle quali si esplica la personalità riconosciuta al singolo, danno origine a tre diverse posizioni giuridiche, a cui corrispondono tre diverse categorie di diritti. Esiste anzitutto una sfera di attività individuale completamente sottratta all' intervento dello Stato, il quale si limita a segnarne i confini e a prestarle il suo riconoscimento e la sua tutela. Per essa l' individuo si trova nella *condizione giuridica negativa* o *di libertà* e i diritti che ne sorgono sono i *diritti privati o civili.* Dal più immediato contatto dell' individuo collo Stato derivano la *condizione giuridica positiva* o *di cittadinanza* e la *condizione giuridica attiva* o *di cittadinanza attiva,* donde emanano rispettivamente i *diritti civici* o *pubblici* in senso stretto e i *diritti politici* (1).

(1) Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B. 1892 pag. 76 e segg.; Romano, La teoria dei diritti pubblici subbiettivi pag. 30-35 dell' estratto dal I vol, del Primo trattato completo di Dir. amm. it. dell' Orlando; Ranelletti, La polizia di sicurezza nel cit. Trattato dell' Orlando vol. IV pag. 225 e segg.

Nello stato di libertà l'individuo svolge la sua attività naturale pel raggiungimento degli scopi e soddisfacimento degli interessi, che egli può avere come *uomo*, indipendentemente cioè dalla qualità di *cittadino;* e lo Stato non fa che riconoscere come giuridica quest' attività naturale. È quindi pienamente razionale che di fronte ai diritti privati uguale sia la condizione dei cittadini a quella degli stranieri. Pensando che Stato e diritto siano due termini indissolubilmente connessi, noi riteniamo che l' individuo, sia esso cittadino o straniero, non abbia diritti senza l'azione dello Stato e che soltanto questo possa creare dei diritti subbiettivi dell' individuo sulla base delle sue facoltà naturali e dei suoi interessi. Ora è giusto che lo Stato, trovando nello straniero lo stesso elemento di attività naturale, che mercè il suo riconoscimento e la sua tutela dà origine ai diritti privati dei cittadini, attribisca anche a lui questi diritti. Ma oltre che giusto ciò è anche giuridico. Invero i diritti civili competono al subbietto come un vero sviluppo di quella personalità umana [1], che lo Stato riconosce per dovere giuridico anche negli stranieri, in guisa da potersi dire che nel riconoscimento della personalità è implicitamente contenuto il riconoscimento dei diritti civili. Infatti la stessa comune

[1] RANELLETTI op. cit. pag. 999.

convinzione degli Stati intorno al riconoscimento della personalità dell'individuo in genere, esiste anche riguardo all'attribuzione dei diritti civili; anzi, come abbiamo già accennato, il più spesso la comune convinzione intorno a quel riconoscimento si deduce appunto dal fatto costante e generale dell'attribuzione agli stranieri dei diritti civili. Le limitazioni varie, che si riscontrano nelle leggi e nei trattati, riconfermano piuttosto che escludere quella comune convinzione degli Stati, mostrando che questi sentono soltanto di potere liberamente regolare la condizione degli stranieri di fronte al godimento dei diritti civili. Le condizioni, alle quali si subordina talora il godimento dei diritti civili da parte degli stranieri (reciprocità nelle varie sue espressioni), non sono da considerare come un portato della coscienza dello Stato di fare cosa non dovuta giuridicamente, ma come una garanzia precedentemente assunta perchè gli altri Stati compiano verso i cittadini di lui lo stesso dovere giuridico; tanto è vero che venendo a mancare quelle condizioni agli stranieri non vengono punto tolti i diritti civili [1]. Se dal novero di tali diritti accordati agli stranieri alcuno se ne toglie (si tratta di un'eccezione che va diventando col tempo

[1] Vedi in proposito la giurisprudenza franco-belga con la sua distinzione fra diritti civili e naturali.

sempre più rara), gli è quasi sempre per il concetto, non importa se vero o falso, che quel tale diritto sia connesso con un diritto politico o interessi in qualche modo l'ordinamento politico dello Stato (tale ad es. il diritto di acquistare beni immobili). Così la condizione degli stranieri riguardo ai diritti privati può risultare non soltanto diversa per il suo regolamento, che in buona parte è dato dalle leggi straniere, ma anche deteriore in confronto di quella dei cittadini. Ma se ciò serve ad escludere che gli Stati abbiano la persuasione di dovere per obbligo giuridico internazionale parificare di fronte al regolamento dei diritti privati gli stranieri ai cittadini [1], non è a mio avviso sufficiente per sostenere non esatto il principio affermato della parità fondamentale degli stranieri e dei cittadini nello stato di libertà.

Diverso affatto, tanto dal punto di vista logico che dal punto di vista giuridico, dev'essere il ragionamento circa gli altri due stati individuali, il positivo e l'attivo. Un primo argomento di differenza si rileva subito pensando che nella sfera del diritto privato lo Stato non fa che riconoscere come giuridica l'esplicazione di facoltà

[1] In quanto sono ispirate a questo concetto, convengo quasi interamente nelle osservazioni dell'ANZILOTTI op. cit. pag. 128-130 in nota.

naturali dell' individuo, nelle altre due invece, cioè nella creazione dello stato positivo ed attivo, esso *allarga* la libertà umana ossia la sfera di azione del singolo. Si hanno in queste due ultime maniere di diritti nuove facoltà, che lo Stato crea nell' individuo senza che esse trovino alcun elemento precedente o corrispondente nell' attività naturale di lui (1).

Sulla condizione giuridica attiva, per mezzo della quale lo Stato riconosce nella volontà del singolo l' effettuazione della volontà sua, non vi è mai stato luogo a dubbi teorici e a divergenze di ordinamenti positivi: gli stranieri non godono i diritti politici, non partecipano in alcuna guisa al governo della cosa pubblica, non possono vantare la pretesa d' essere riconosciuti come organi dello Stato, di esercitare una certa attività d' indole statuale (2). Assai grave invece è il determinare se ed entro quali limiti gli stranieri possano godere della condizione giuridica positiva, in altri termini se e quali diritti pubblici possano essere loro attribuiti.

(1) JELLINEK op. cit. pag. 43 e 48; RANELLETTI op. cit. pag. 227-228. Vedi la critica di questi concetti (la quale del resto non può avere l' influenza di spostare le nostre deduzioni) in TEZNER (*Grünhut' s Zeitschrift für das priv. u. öff. R.* XXI pag. 43) e in ROMANO op. cit. pag. 19-23.

(2) In fatto delle rare eccezioni possono segnalarsi soltanto nella pratica degli Stati dell' America del Sud.

I diritti pubblici consistono in facoltà di pretendere dallo Stato o il riconoscimento e la tutela del proprio agire naturale o di essere ammessi a valersi delle istituzioni pubbliche; essi danno la possibilità di valersi dell'attività dello Stato nel proprio interesse e di ottenere dallo Stato stesso delle prestazioni positive; e sono pretese di pura creazione dell'ordine giuridico, che esistono soltanto di fronte allo Stato, si fondano sopra un rapporto rigorosamente personale fra lo Stato come creatore del diritto e l'individuo come suo membro e si esauriscono in esso. Di tale caratterizzazione conseguenza strettamente logica sarebbe l'esclusione degli stranieri dal godimento di tutti i diritti pubblici. Senonchè a produrre almeno dei temperamenti interviene l'idea di quella comunione internazionale, che accanto e forse al disopra del principio dell'indipendenza degli Stati pone quello della interdipendenza come base scientifica e pratica ad un tempo di tutto quanto l'edificio giuridico internazionale. La uniformità di cultura e d'interessi genera fra gli Stati comunanza di funzioni e quindi anche identità sostanziale di prestazioni verso i propri cittadini. Ciò rende possibile quella specie di cooperazione, che consiste nel prestito che uno Stato fà all'altro del servizio della sua organizzazione collo scopo di provvedere ai diritti individuali degli stranieri. La sempre cre-

scente estensione ed intensità delle funzioni dello Stato obbliga quest' ultimo a cercare di proseguire l'attuazione dei servizi resi ai propri cittadini anche all'infuori dei limiti del territorio. Questa preoccupazione dello Stato, a cui gl' individui appartengono, è tolta dall' altro Stato in cui gl' individui stessi si trovano, il quale prende a suo carico la cura di soddisfare a certi bisogni provati da tutti gli abitanti del suo territorio (1). Si stabilisce così una specie di compensazione di fatto fra servizi resi e ricevuti, che rende possibile e salvaguarda l' esistenza del commercio internazionale; e così sorge anche l' attribuzione agli stranieri di una quantità di diritti pubblici, che diventa tanto maggiore quanto più attiva ed intensa è l' intimità di vita fra gli Stati.

Per determinare i diritti pubblici concessi agli stranieri, anche limitatamente ad un dato momento storico e ad un certo ambiente di civiltà, non esiste alcun criterio sicuro e generale (2). All' incertezza dei criteri forniti dalla

(1) Questo concetto è assai bene svolto dal TCHERNOFF, De nouveau rôle de l' assistance internationale et du droit du séjour des étrangers (*Revue du droit public et de la science politique* vol. XII, 1899, pag. 86-129); e Protection des nationaux résidant à l' étranger, Paris, Pedone, 1899, *passim* e specialmente a pag. 86 e segg. e 160 e segg.

(2) Non altro che vaghe affermazioni mi pare si possano dire quelle del LONGO, La teorica dei diritti pubblici sub-

scienza fa riscontro la grande diversità esistente fra le disposizioni legislative e convenzionali degli Stati. Abbandonando le idee e

biettivi e il diritto amministrativo italiano nell' *Archivio di diritto pubblico* vol. I pag. 347; del ROMANO, op. cit. pag. 64-5 dell' estratto; del SORO-DELITALA, La teoria dei diritti civici e il diritto amministrativo italiano nel FILANGIERI, 1900 pag. 641-660. Tutti in fondo s' ispirano allo JELLINEK e non oltrepassano la generica constatazione da lui fatta della tendenza moderna di considerare lo straniero non soltanto come oggetto della podestà statuale, come *subditus*, ma anche come *civis temporarius*, cioè anche come persona di fronte allo Stato (System pag. 111; Staatslehre pag. 368-9). Si tratta del resto di difficoltà intrinseca inerente alla materia stessa. Se infatti è una impossibilità avvertita da tutti i pubblicisti quella di una enumerazione, che valga per tutti gli Stati, dei diritti pubblici subbiettivi spettanti ai cittadini (mentre spesso si appalesano inadatte e incomplete le enumerazioni fatte anche di fronte ad un dato sistema legislativo) è conseguente e logica la impossibilità di stabilire in modo generale quali tra quei diritti spettino agli stranieri. Cfr. BIGLIATI, Diritto internazionale e diritto costituzionale vol. I Torino, Bocca 1904 pag. 161-2. — Non rispondente ad un concetto organico e confusamente frammista ad argomenti estranei è la trattazione dei diritti pubblici subbiettivi concessi agli stranieri, che fa il Tchernoff nell' opera citata. Non è poi affatto giustificata dallo stato del diritto positivo l' affermazione fatta dallo stesso autore, che l' assimilazione dello straniero al nazionale in rapporto ai diritti pubblici propriamente detti può essere considerata come una legge internazionale, che s' impone allo Stato moderno. Dei principî giuridici internazionali non possono dirsi affermati che rispetto ad alcuni soltanto fra i diritti pubblici; per il resto e in generale quella assimilazione non rappresenta oggi che una tendenza scientifica scarsamente confortata dalla pratica.

le regole generali, che sono possibili riguardo ai diritti civili, la scienza è obbligata ad un lavoro di analisi particolare per ciascun diritto pubblico e gli Stati devono procedere per enumerazione e per determinazioni precise e speciali [1].

2. — La delineazione delle diverse categorie di diritti individuali e l'esame della posizione, nella quale rispetto a ciascuna di esse si trovano gli stranieri, servono a semplificare assai la questione teorica della spettanza a questi ultimi del diritto d'agire. Ma s'intende che la questione non può essere completamente risoluta senza aver prima caratterizzato tale diritto.

Se sulla base della celebre definizione romana (*nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi*) l'azione dovesse considerarsi come una proprietà o una funzione del diritto, come una forma temporanea e transitoria

[1] Un buon esempio di trattazione analitica dei diritti pubblici concessi agli stranieri dal punto di vista della legislazione francese ci offre il Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé vol. II pag. 85-144. Quanto alla pratica convenzionale si veda ad es. nel trattato di commercio e navigazione concluso dall'Italia col Messico il 16 aprile 1890 e reso da noi esecutivo con legge del 31 agosto 1891 n. 543 (*Gazz. uff.* 19 sett. 1891) la dettagliata e lunghissima enumerazione dei diritti pubblici reciprocamente concessi ai cittadini delle due Parti contraenti, mentre il solo art. 8 contiene le norme riguardanti il godimento dei diritti privati.

del rapporto di diritto sostanziale, come il diritto stesso nella sua tendenza all'attuazione [1], il nostro problema sarebbe risoluto prima di essere posto. Secondo la concezione civilistica l'azione è così compenetrata nel diritto materiale, che a ragione si potrebbe sostenere, che nella concessione pura e semplice dei diritti privati fatta dallo Stato agli stranieri virtualmente si contiene la concessione delle azioni relative.

Egualmente ogni discussione sarebbe eliminata nello stesso senso se si accettasse l'opinione recentemente sostenuta dal Chiovenda, il quale ascrive l'azione ai diritti potestativi, che sono una delle grandi categorie dei diritti privati. Per quanto, egli dice, sia identico così nel campo del diritto privato che in quello del pubblico, il potere giuridico di chiedere l'attuazione della legge assume veste privata o pubblica secondo la natura dell'interesse a cui si collega; onde ha natura privata il po-

[1] Vedi in CHIOVENDA, L'azione nel sistema dei diritti, Bologna, Zanichelli, 1903 pag. 37 e segg., particolarmente nelle note, la grande varietà delle definizioni dell'azione date dalla letteratura germanica e dalla nostra e includenti lo stesso concetto della compenetrazione dell'azione nel diritto materiale. Cfr. da ultimo in questo senso CHIRONI e ABELLO (Trattato di dir. civ. it. vol. I, Torino, Bocca 1904 pag. 587-8), i quali tuttavia concepiscono l'azione come diritto pubblico subbiettivo rivolto verso lo Stato (pag. 602-3).

tere giuridico di chiedere l'attuazione dell'ordinamento giuridico privato [1].

La recente fortuna della scienza processuale è legata proprio all'introduzione e allo sviluppo di concetti diametralmente opposti a quelli ora accennati. Essa infatti, pur tenendo conto in certa misura di quell'elemento privatistico, che il Chiovenda considera come dominante e assorbente, ricercò la vera natura del diritto d'azione nella sua direzione verso lo Stato.

Il rinnovamento dovuto alla dottrina germanica ha anzitutto come suo postulato fondamentale la concezione del diritto d'agire come di una figura giuridica autonoma, indipendente dal diritto subbiettivo privato. Considerando che anche colui che da ultimo perde la lite pure è ammesso a promuoverla e a condurla e che il diritto subbiettivo privato non è in ogni caso presupposto necessario dell'azione (così ad esempio nelle azioni di accertamento positive o negative), si è ritenuto che il diritto d'agire sia indipendente dalla spettanza effettiva di un diritto materiale. Ma questo concetto è nella dottrina germanica strettamente connesso con l'altro, che al processo costruito come figura a sè stante attribuisce il carattere di rapporto formale di diritto pubblico. Così il diritto di agire appare come

[1] CHIOVENDA op. cit. pag. 69-72 e 95-6.

un diritto pubblico subbiettivo autonomo. Questo diritto, che si ha verso lo Stato perchè presti la tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*), non nasce dal diritto privato, ma si fonda sul riconoscimento stesso della personalità del soggetto da parte dello Stato [1]. Conclusione immediata per noi è questa: poichè ciascuno Stato deve, come vedemmo, per necessità giuridica internazionale riconoscere anche negli stranieri questa personalità, che dà la coscienza del diritto e l'aspirazione al diritto, così ciascuno Stato deve attribuire ad essi anche il diritto alla tutela giuridica. E ciò sarebbe, strettamente considerando, sufficiente; ma mi sembra utile procedere ancora nell'analisi dell'azione, se non altro per darci ra-

[1] Vedi fra i molti JELLINEK, System pag. 118-122. Cfr. anche SCHMIDT op. cit. pag. 19 e segg., interessante per l'esposizione (l' A. fonda il *Rechsschutzanspruch* sulla posizione generale del cittadino di fronte allo Stato) e per la numerosa bibliografia raccolta. Fra gl' italiani è da ricordare il DIANA, Dei rapporti processuali in *Mon. Trib.* 1901 n° 9. Osserva giustamente il RANELLETTI (op. cit. pag. 224-5) che il riconoscimento della personalità dell' individuo di fronte allo Stato è avvenuto necessariamente come conseguenza della funzione assunta dallo Stato di realizzare il diritto nell' interno della collettività. La facoltà dei singoli di adire i tribunali per far valere giuridicamente le loro pretese è dunque la causa prima del riconoscimento della loro personalità di fronte allo Stato e insieme il primo e il più importante dei diritti, che discendono da tale personalità.

gione di certi atteggiamenti della dottrina nell'interpetrazione del diritto positivo.

La dottrina germanica concepì fin da principio e mantenne poi durante il lungo periodo della sua formazione la natura complessa del diritto di agire. Contrapponendosi alla concezione puramente civilistica, che era stata portata al più alto grado di sviluppo dal Windscheid [1], essa esagerò dapprima per naturale reazione nell'importanza esclusiva attribuita a quell' elemento pubblicistico, che per lo innanzi era stato del tutto trascurato. Lo stesso Muther, polemizzando col Windscheid, giunse a concepire il diritto d'azione come un diritto verso lo Stato nella persona dei suoi organi giurisdizionali, perché esso presti la tutela giuridica, e però come un diritto subbiettivo pubblico, avente per presupposto un diritto privato leso, ma diverso da questo sia riguardo al subbietto passivo sia riguardo al contenuto; ma poichè il diritto di agire tende a ottenere che lo Stato eserciti il suo diritto di coazione contro il convenuto, egli concepí l'azione anche come diritto spettante mediatamente contro il privato. Cosí la posizione giuridica del titolare di un diritto non soddisfatto viene a constare di

[1] Nello scritto pubblicato nel 1856 dal titolo: Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts.

due elementi, il diritto originario privato e il diritto alla tutela giuridica contro lo Stato (1). Questo concetto fu successivamente adottato anche dal Windscheid, in quanto egli ammise il diritto di agire come un diritto verso lo Stato e anche contro l'avversario « come facoltà di perseguire coll'azione ciò che si pretende da questo (2) ». In seguito gli sforzi della dottrina furono prevalentemente rivolti alla costruzione del processo come figura autonoma di diritto pubblico, che s'incardina sul diritto subbiettivo pubblico del cittadino verso lo Stato. Il risultato, che fu pure così importante da fare ritenere che con esso cominci la trattazione scientifica del diritto processuale, portò ad una esagerazione dannosa della separazione, intesa come completa ed assoluta, del diritto subbiettivo privato e del diritto d'agire. Ma non tutti di fronte all'elemento preponderante del diritto alla tutela giuridica verso lo Stato sacrificano l'altro del diritto verso il privato. Basti citare il più insigne dei processualisti tedeschi, il Wach, il quale concepisce il *Rechtsschutzanspruch* come spettante verso lo Stato perchè impartisca la tutela e contro l'av-

(1) MUTHER, Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht etc. Erlangen 1857 (riferito da CHIOVENDA op. cit. pag. 51-3).

(2) WINDSCHEID, Pand, § 122 n. 5.

versario perchè la sopporti (1). E il nostro Mortara parla del rapporto giuridico processuale come di un rapporto unico e complesso, che si forma « appena che l'azione riceve vita e movimento » dalla combinazione o composizione di due rapporti giuridici distinti: « 1° un rapporto fra i soggetti privati, costituito dall'antitesi o ripugnanza fra la rispettiva opinione e condotta sull'oggetto del contrasto; 2° un rapporto fra quei soggetti e l'organo della giurisdizione, consistente per essi nella facoltà di esigere, per questo nel dovere e nel potere di prestare l'autorità sua per la risoluzione del contrasto ». E lo stesso autore continua: « Se fu merito della dottrina germanica moderna aver meglio osservata l'appartenenza di tale rapporto al diritto pubblico, non si può negare che la inclinazione generale degli scrittori sia stata finora quella di considerare il rapporto stesso, nel campo del diritto pubblico, in maniera unilaterale, cioè guardando a quanto avviene fra l'attore che provoca la funzione giurisdizionale e l'organo di sovranità che la presta; mentre invece è indispensabile tener conto altresì, sin dal principio, della parte che spetta al convenuto; poichè anche prima che l'azione sia esercitata questo soggetto è

(1) WACH, Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre von Rechtsschutzanspruch.

elemento essenziale del rapporto processuale d'azione (come il *debitore* è elemento essenziale del rapporto materiale di *obbligazione*) e ne integra la figura giuridica dal primo istante della sua attività; se è vero, come a noi pare evidente, che questo rapporto processuale è il prodotto o la risultante dei due rapporti primordiali poc'anzi distinti. La facoltà di promuovere l'esercizio della funzione giurisdizionale non appare viva ed operosa se non la si pone in attualità di corrispondenza e di relazione con quella obbligazione del soggetto attivo che è da essa inseparabile e con le rispettive facoltà e i rispettivi obblighi degli altri soggetti partecipanti al rapporto » [1].

Quando dunque il Chiovenda definisce l'azione « un diritto contro l'avversario, consistente nel potere di produrre di fronte a questo l'effetto giuridico della attuazione della legge », mentre considera « il rapporto dell'avente diritto colla legge e coi poteri dello Stato soltanto come mezzo nelle sue mani rispetto al suo rapporto coll'avversario » [2], non fa che esagerare fino a ritenerla dominante l'importanza di uno dei due elementi onde si compone l'azione. Si può dire anzi che nel valutare la portata dei due elementi

[1] Mortara, op. cit. vol. II, pag. 535-7.
[2] Chiovenda, op. cit. pag. 71-2.

egli inverta le parti, relegando al secondo posto e ben lontano dal primo proprio quell'elemento che ha maggior carattere di necessità in quanto dà veramente l'essere e il carattere all'azione giudiziale e la differenzia dai rapporti normali dell'ordine giuridico privato ([1]).

3. — Comunque sia, senza inoltrarci in discussioni che ci dilungherebbero troppo dal nostro tema, noi crediamo di potere stabilire col Mortara che « il diritto di azione è un diritto subbiettivo d' indole mista; pubblico, in quanto abilita ad esigere dagli organi della sovranità la prestazione dell' ufficio giurisdizionale; privato, in quanto tende ad ottenere da altro soggetto che si sottoponga all'autorità del magistrato e alle conseguenze del giudizio » ([2]). Questa concezione ha per noi la conseguenza importante di potere e dovere utilizzare la posizione giuridica acquisita agli stranieri nel campo del diritto privato; poichè infatti l'azione partecipa della natura dei diritti privati, è logica la predisposizione tendente ad accordarne l'esercizio anche agli stranieri. Ma tale predisposizione non può assumere il carattere di dimostrazione, se il ragionamento non investe il diritto d' azione in tutta la sua complessa natura.

([1]) Mortara, op. cit. vol. II, pag. 536.
([2]) Mortara, op. cit. vol. II, pag. 287.

È utile a ciò partire dalla concezione obbiettiva dello scopo processuale, che a ragione viene considerata come uno dei capisaldi della moderna scienza processuale ([1]). Per essa la tutela del diritto obbiettivo si rappresenta come lo scopo *immediato* del processo, a cui si associa soltanto come *mediata* e *secondaria* la tutela del diritto subbiettivo privato ([2]). Secondo l'ordinamento giuridico positivo la tutela del diritto obbiettivo non può compiersi mercè l'attività giurisdizionale se non per occasione di diritti subbiettivi, che si ritengono lesi od incerti: « lo Stato, dice il Chiovenda, sebbene in astratto abbia diritto in ogni caso al mantenimento dell'ordine giuridico, con imporne il rispetto sia al privato sia agli stessi organi suoi, può porsi una limitazione, non per ragioni necessarie ed assolute ma per considerazioni di utilità sociale, e subordinare questo suo diritto alla volontà del privato...., che si manifesta nella domanda giudiziale » ([3]). Ma questa subor-

([1]) Questa concezione si trova prima d'ogni altro accentuata nel WACH, Handbuch vol. I pag. 3 e segg. Essa trovò poi largo seguito nella dottrina tedesca, che è riferita dal CHIOVENDA op. cit. nota 6 pag. 7-9 e in quella italiana, rappresentata dal MORTARA, op. cit. vol. I pag. 17; dal DIANA, Dei rapporti processuali in *Mon. Trib.* 1901 n. 9; e dal CHIOVENDA op. e loc. cit.

([2]) Così in modo speciale il BUNSEN, op. cit. pag. 1, 2 e 3 nota 5.

([3]) CHIOVENDA, op. cit. pag. 102.

dinazione non esclude o diminuisce l'interesse proprio dello Stato alla tutela, nel processo e mediante il processo, del diritto obbiettivo, interesse che è e rimane prevalente quantunque condizionato nel suo svolgimento a determinati impulsi d'interesse privato. Ciò posto non essendo pensabile che lo Stato si disinteressi della tutela di una parte del suo diritto obbiettivo, di quella che determina la condizione degli stranieri e ad essi accorda diritti privati, bisogna per necessità ammettere che esso debba accordare agli stranieri l'azione tendente alla tutela di quei loro diritti subbiettivi, poichè tale azione rappresenta l'impulso indispensabile perchè si operi la tutela del diritto obbiettivo donde quei diritti subbiettivi derivano. Nel campo del diritto privato la norma dà sempre origine a diritti subbiettivi individuali, sicchè mentre ogni violazione di norma obbiettiva importa necessariamente la lesione di un diritto subbiettivo individuale, è pure vera la proposizione reciproca cioè che ogni lesione di un diritto subbiettivo importa necessariamente violazione di una norma obbiettiva [1]. Per tal

[1] È noto invece che nel campo del diritto pubblico, se un diritto subbiettivo fu leso, è certo che si violò la norma che lo garantiva, ma può bene avvenire che la violazione di una norma non porti seco la lesione di un diritto individuale. Vedi ORLANDO, La giustizia amministrativa nel *Trattato di dir. am. it.* dello Stesso vol. III pag. 734-6.

guisa l'azione concessa agli stranieri, che si presenta come necessaria per eccitare la funzione giurisdizionale, che opera la tutela del diritto obbiettivo in materia internazionale, è anche a tal uopo pienamente sufficiente, in quanto per le proposizioni reciproche accennate essa non lascia senza sanzione giudiziaria nessuna norma di quello speciale diritto obbiettivo.

Queste conclusioni giuridiche sono suffragate da evidenti motivi di utilità sociale e individuale, donde appare quella coicidenza di un interesse del singolo e di un interesse comune, che sebbene in proporzioni differenti si riscontra quasi costantemente alla base dei diritti pubblici subbiettivi [1].

Ogni Stato ha il diritto indiscutibile di proteggere i propri cittadini all'estero [2]. Ora questa protezione, che può esercitarsi anche nel senso di ottenere per i propri cittadini all'estero la concessione di diritti individuali, a molto maggior ragione si esplica nel richiedere dallo Stato straniero il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali da esso già concessi. Se lo Stato territoriale non prestasse spontaneamente questa

[1] JELLINEK, System pag. 49 e 59.

[2] Sul fondamento di questo diritto dello Stato si vedano le osservazioni, non sempre del resto giuridicamente corrette, del TCHERNOFF op. cit. *passim* e specialmente pag. 171-4.

tutela e non ponesse quindi a servizio degli stranieri la sua organizzazione relativa, si troverebbe continuamente di fronte all' azione diplomatica degli Stati stranieri. Così ogni caso di protezione individuale degenererebbe in un conflitto di sovranità con spreco enorme di energia statuale e con grave disordine di vita internazionale ([1]). Nel tramutare la questione diplomatica in un affare

([1]) Uno spettacolo di questo genere ci si offre appunto in un periodo storico, in cui i principi si trovavano impotenti ad obbligare i loro sudditi a fornire riparazione per le lesioni giuridiche commesse in danno di stranieri e d' altra parte il principe del privato leso non aveva nè la buona volontà nè la potenza necessaria per provvedere colle forze pubbliche alla difesa degl' interessi dei suoi sudditi. È l'epoca delle rappresaglie, che l' Heilborn configura come un mezzo giuridico internazionale a disposizione dell' individuo per la diretta tutela dei suoi diritti in confronto dell' estero (Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen; Berlin, Springer 1896 pag. 68-69). Il procedimento formale, con cui a partire dal sec. XIV veniva limitato nel cittadino l' uso delle rappresaglie, mostra come queste avessero per causa determinante il diniego opposto agli stranieri di far valere le loro ragioni davanti ai tribunali. È nota infatti la pratica costante, secondo la quale il privato leso non poteva rivolgersi al suo governo per farsi rilasciare le lettere di rappresaglia e queste in fatto non erano rilasciate se prima egli non si fosse rivolto al governo competente per chiedere giustizia e giustizia gli fosse stata rifiutata. Cfr. Nys, Les origines du droit international, Bruxelles-Paris 1894 pag. 62 e 73; e Del Vecchio e Casanova, Le rappresaglie nei comuni medievali e specialmente in Firenze, Bologna, 1894.

di giustizia interna l'interesse dello Stato territoriale combina perfettamente con quello dello Stato nazionale degl'individui, il quale procurando loro la protezione della sovranità locale può limitare il suo intervento ai casi estremi e sempre più rari di denegata giustizia (1).

Ancora in ciò concorre un ben inteso interesse individuale. Il ricorrere all'autorità del proprio Stato rappresentata dall'agente diplomatico o dal console, per le trattative che ne sorgono può condurre ad una più lunga attesa nella riparazione per un diritto o interesse individuale leso. Ma quest'inconveniente diventa trascurabile di fronte all'altro gravissimo consistente nella mancanza di un preciso dovere dello Stato di intervenire a favore del suo cittadino e nella correlativa mancanza di un vero e proprio diritto di quest'ultimo di pretendere l'intervento tutelare del proprio Stato (2). Si aggiunga che anche ot-

(1) TCHERNOFF, op. cit. pag. 263-270.

(2) Cfr. nel senso affermato nel testo, che è il prevalente, JELLINEK, System pag. 111; ROMANO op. cit. pag. 71-2 dell'estratto; ULLMANN, Völkerrecht, Freiburg i. B. 1898 pag. 246-7; TCHERNOFF op. cit. pag. 199-200 e 223-4. Nel senso contrario vedi LABAND, op. e ediz. cit. vol I pag. 241 e ZORN, Grundzüge des Völkerrechts, Leipzig 1903 pag. 63. Conviene ricordare che la base positiva di quest'ultima opinione è data dall'art. 3 capov. 6 della costituzione dell'impero germanico del seguente tenore: « Dem Auslande gegenüber haben alle Deutschen gleichmässig *Anspruch*

tenuto tale intervento, poichè lo Stato pur proteggendo un interesse individuale ha sempre di mira l'interesse collettivo ed agisce nei limiti di questo, l'individuo leso non è punto sicuro di ottenere riparazione o di ottenerla nei modi e nella misura, ch'egli secondo giustizia richiede (1). Sicchè anche il privato ha tutto l'interesse di avere una pretesa tutelabile alla protezione della sovranità locale piuttosto che una pretesa sprovvista di garanzie giuridiche alla protezione del proprio Stato.

4. — L'affermazione del diritto d'agire competente agli stranieri nella stessa misura che ai cittadini è cosa del tutto diversa e che va tenuta ben distinta dalla posizione delle norme di giurisdizione, che i tribunali devono osservare circa le azioni intentate da stranieri. La prima contiene soltanto un principio di massima ed astratto, che vien concretato e limitato dalla seconda senza che per questo ne venga diminuita la por-

auf den Schutz des Reiches ». Tuttavia questa disposizione permette egualmente al SEYDEL di ritenere che « der Schutz im Auslande ist kein Recht des Staatsangehörigen, sondern ein Staatsaufgabe » (Bayerisches Staatsrecht vol. I pag. 300). La questione fu molto discussa e generalmente risoluta in senso negativo a proposito dell'intervento dello Stato per proteggere gl'interessi finanziari dei propri cittadini: vedi su ciò DIENA, Il fallimento degli Stati e il diritto internazionale, Torino, Unione tip.-edit. 1898 pag. 140-5.

(1) TCHERNOFF, op. cit. pag. 225-230.

tata essenziale. Nessun esempio potrebbe meglio illustrare l'idea che quello delle azioni di stato, rispetto alle quali vari motivi oltre quello della estraneità possono indurre il giudice territoriale ad escludere o limitare la propria giurisdizione in omaggio alla giurisdizione esclusiva o preponderante del giudice personale, senza che per questo il diritto di agire degli stranieri riceva lesione alcuna ([1]). In sostanza tutto il contenuto di tale diritto, come in pieno accordo la dottrina lo concepisce e le legislazioni dei diversi Stati lo sanciscono, sta in ciò che la irricevibilità di un'azione non può esser determinata dalla estraneità dell'attore ([2]). Di qui la conseguenza che

([1]) Cfr. CATELLANI, op. cit. 1ª ediz. vol. II pag. 221. La giurisprudenza francese per dichiarare l'incompetenza dei tribunali nelle questioni di stato fra stranieri parte bensì assai frequentemente dal falso concetto della giustizia considerata come un privilegio esclusivo del cittadino, ma a questo motivo di base ne aggiunge molti altri, che non hanno un diritto riflesso alla estraneità delle parti. Anche in Francia del resto, come in tutti gli altri paesi, si fanno sempre più numerosi i casi in cui si ammette la competenza nelle questioni di stato riguardanti stranieri e le discussioni hanno tutte il valore di una ricerca per la determinazione di tali casi.

([2]) Lo stato delle varie legislazioni verrà esposto in seguito. Quanto alla dottrina più che una lunga enumerazione di autori varrà il richiamo alle deliberazioni dell' Istituto di diritto internazionale, che nella sessione dell' Aja del 1875 (*Annuaire* I, 90) affermò « nei procedimenti civili e commerciali la nazionalità delle parti dover rimanere senza

lo straniero ha diritto di ottenere giustizia non soltanto contro un cittadino, ma anche contro un altro straniero e che, salvo le norme di giurisdizione internazionale adottate dallo Stato, può intentare tutte le azioni consentite ai cittadini (1) (2).

influenza sulla competenza del giudice, salvo nel caso in cui la natura stessa della lite deve fare ammettere la competenza esclusiva dei giudici nazionali di una delle parti » e nella sessione di Zurigo del 1877 (*Annuaire* II, 150) che lo straniero è ammesso a stare in giudizio alle stesse condizioni del cittadino.

(1) Così ad esempio tutti sono d'accordo nel ritenere che gli stranieri abbiano il diritto di ottenere dall'autorità competente i provvedimenti di garanzia sui beni del loro debitore per l'esatto soddisfacimento dell'obbligazione secondo le norme fissate dalle leggi territoriali. Quindi in Italia essi potranno invocare gli art. 1875 Cod. civ. e 921 e 924 Cod. proc. civ. circa il sequestro giudiziario e conservativo (cfr. FIORE, Diritto internazionale privato vol. I pag. 285 e ELENA, Dei diritti della persona straniera secondo la legge italiana, Bologna, Garagnani 1898 pag. 220 dell'estratto dall'*Arch. giur.* vol. LVII e LIX) e in Francia l'art. 822 Cod. proc. civ. circa la *saisie foraine* (vedi sent. 31 maggio 1878 del Tribunale della Senna in *Journal du droit intern. privé* 1878 pag. 379; LACHAU, De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale, Paris 1893 pag. 47-8; WEISS, op. cit. vol. II pag. 215 nota 2). Riguardo alla facoltà accordata agli stranieri di praticare il sequestro si possono consultare le importanti disposizioni contenute in uno dei protocolli della Conferenza di Madrid del 15 aprile 1891, che completano e rettificano la convenzione di Berna sulla protezione della proprietà industriale (Cfr. POINSARD, Études de droit intern. conventionnel, Paris, Pichon 1894 pag. 571).

(2) Quanto è affermato nel testo vale esclusivamente

Posto il principio generale, è inutile che esso

per le azioni di contenuto giuridico privato. Invece nel campo del diritto pubblico agli stranieri competono soltanto quelle azioni, le quali secondo l'ordinamento giuridico territoriale son dirette alla tutela dei diritti pubblici subbiettivi, che ad essi vengono concessi dallo stesso ordinamento giuridico. È da notare come rispetto a tali azioni sia impossibile ogni confusione fra diritto d'azione ed esercizio della giurisdizione. I rapporti fra lo Stato come persona sovrana e gl' individui sono sottoposti a una vera e propria giurisdizione soltanto nei limiti, nelle condizioni e nei modi che l'ordinamento giuridico territoriale consente e sopratutto sono sottoposti esclusivamente alla giurisdizione, che lo stesso ordinamento giuridico territoriale predispone. Non è possibile pensare ad una giurisdizione, che giudichi intorno alla pertinenza di diritti pubblici, che si vantino o da stranieri verso lo Stato al quale appartengono o da cittadini verso uno Stato straniero. Quando uno Stato ha esteso a stranieri il godimento di certi diritti pubblici colle garanzie relative, esso non si trova di fronte a nessun problema d'indole internazionale circa l'ordinamento corrispettivo della giurisdizione, non deve cioè operare alcuna distribuzione di competenza fra i propri magistrati e quelli stranieri. Nel campo dunque del diritto pubblico il diritto d'azione degli stranieri non è così generale come nel campo del diritto privato; esso è anzi strettamente limitato alla cerchia di quei diritti pubblici subbiettivi, di cui anche lo straniero gode per concessione dell'ordinamento giuridico territoriale. Ma entro tali limiti il diritto d'azione degli stranieri nel campo del diritto pubblico è veramente e perfettamente identico a quello che spetta ai cittadini, non essendo in confronto a questi ultimi affatto limitato da norme speciali circa l'esercizio della giurisdizione. Disposizioni eccezionali, che colpiscano al riguardo gli stranieri, sono veramente rarissime. Ricordo a titolo di esempio al-

venga specificato ([5]), intendendosi che le limitazioni debbano derivare da esplicite disposizioni legislative.

Fra le molteplici categorie di azioni una sola ve n'ha, dal cui esercizio vengano in massima esclusi gli stranieri a causa di tale loro qualità; ed è quella delle azioni popolari, rispetto alle quali l'esclusione degli stranieri appare fin dalle prime loro origini.

Nel diritto romano, che largamente ammetteva e disciplinava l'azione popolare, questa « poteva in genere essere proposta da qualunque cittadino, ma soltanto da un cittadino. Le fonti che non

cune recenti leggi germaniche (Baviera 9 giugno 1899 art. 60; Württemberg 28 luglio 1899 art. 202; Baden 17 giugno 1899 art. 5; Assia 17 luglio 1899 art. 80), le quali sottopongono alla condizione della reciprocità la proponibilità da parte di stranieri dell'azione contro lo Stato, il Comune o altro ente locale per il risarcimento del danno loro derivante da un atto illecito dell'impiegato, facendo loro salva — nel caso che la reciprocità non sia dimostrata — l'azione diretta contro l'impiegato stesso secondo le norme del diritto comune. Vedi in proposito l'articolo di C. F. Ferraris, La responsabilità dello Stato e degli altri enti locali pei loro impiegati secondo alcune legislazioni germaniche in *Arch. giur.* vol. LXXIII pag. 65-76.

([5]) Come vedremo esponendo lo stato delle diverse legislazioni, qualche volta il principio generale è riconfermato in una applicazione particolare (per esempio a proposito dell'azione per dichiarazione di fallimento) e qualche volta vi sono soltanto delle applicazioni particolari del principio generale presupposto.

pongono specificatamente il requisito dell'appartenenza ad una comunione politica (colonia, municipio), ma parlano genericamente ammettendo chiunque, non devono essere prese alla lettera ritenendo ammessi anche i peregrini e nelle azioni popolari municipali anche gli appartenenti ad un'altra colonia o ad un altro municipio. Le azioni popolari spettano *jure civitatis* (fr. 2 § 2 n. q. i. l. p. 43, 8). E se *popularis* appunto vuol dire che è attivamente legittimato *quivis e populo* la limitazione dell' espressione non può esser dubbia. È caratteristico a tal riguardo l' editto *de sepulcro violato,* che concede l'azione a *quicumque agere volet*, azione che poi è espressamente qualificata *popularis.* Del resto la differenza di terminologia tanto poco deve farci credere ad un diverso criterio nella determinazione della legittimazione attiva in quanto troviamo che nella stessa legge talvolta si adopera l' espressione generica *cui volet*, talaltra quella limitativa *colonorum eius coloniae cui volet* per azioni di identica natura: così appunto la *lex col. Genctavae Juliae.* — E quanto alle vere e proprie leggi di Roma è il caso di rammentare che la cittadinanza è requisito indispensabile per la vera pertinenza di uno *jus ex lege* » [1].

[1] FADDA, L'azione popolare, Torino, Unione tip.-edit. 1894 pag. 58-59. Per più ampie indicazioni, di quelle rife-

Dal Fadda stesso, di cui è la pagina riferita, vogliamo trarre queste altre osservazioni, che sono il frutto di lunghe e accurate ricerche ed hanno un'importanza decisiva per la comprensione del diritto moderno, che risuscitando parzialmente e timidamente l'istituto del diritto romano ne ha conservati lo spirito animatore e la costruzione fondamentale. Secondo l'insigne romanista « ogni partecipazione del cittadino all'attuazione di norme dell'interesse generale ha il suo fondamento in un diritto, che a lui spetta come parte della comunione *quasi unus ex populo*. Naturalmente l'atto che egli pone in essere *jure suo* è compiuto da lui non nel proprio interesse particolare, ma nel suo interesse civico, epperò anche in reppresentanza dell'interesse identico di tutti i consociati. Ed appunto questa caratteristica pubblica dà al diritto in questione quell'impronta speciale, che ha ogni diritto pubblico: quella cioè di essere ad un tempo un *munus publicum*, un sacro dovere. Roma faceva largo assegnamento sulla devozione dei cittadini per il pubblico bene.... Si può con ogni sicurezza conchiudere che la qualità di membro della comunione dà a qualunque cittadino il diritto e gl'impone l'obbligo di impedire e reprimere tutti quei fatti, che importano lesione del-

rite nel passo citato, della diversa terminologia usata dalle fonti, vedi le precedenti pagg. 56-57.

l'interesse generale. È come cittadino, non come privato; come membro della comunione, non come individuo isolato; come partecipe della sovranità politica, come contitolare di questa, non come *paterfamilias* e nel suo interesse che egli si presenta ed agisce » [1].

A non diverse conclusioni si deve giungere pel diritto moderno. Anche per noi come per i Romani *popularis* è quell'azione che compete al cittadino come uno del *populus,* che è appunto il complesso di tutti i cittadini, quell'azione per cui ogni cittadino è ammesso a far valere dinanzi ai tribunali i diritti del popolo o di una classe del popolo, come se fosse investito della legale rappresentanza del popolo o di qualche istituto di popolare interesse [2]. Senza entrare in discussioni sulle varie specie di azioni popolari si può sicuramente affermare col Codacci-Pisanelli che il diritto di agire popolarmente rappresenta sempre « una *forma volontaria di partecipazione alla vita pubblica,* tendente a garentire l'applicazione del controllo giudiziario ad un atto determinato » [3]. Il concetto fondamentale dell'istituto

[1] FADDA, op cit. pag. 319-320.

[2] Cfr. O. LUCHINI, L'azione popolare specialmente in materia di pubblica beneficenza, nell'*Annuario di scienze giuridiche e politiche di C. F. Ferraris,* anno III pag. 266-406.

[3] CODACCI-PISANELLI, Atti del terzo congresso giuridico nazionale di Firenze.

è secondo il comune consenso eminentemente politico e trova la sua prima ragione nel vincolo naturale fra lo Stato e gl' individui componenti la politica consociazione [1]. Caratterizzata così l'azione popolare come un diritto politico [2], è chiaro che la cittadinanza è condizione indispensabile per la sua legittimazione attiva [3].

[1] Mortara, op. cit. vol. II pag. 608.

[2] Romano, op. cit. pag. 98.

[3] Ciò è giusto all' evidenza per le azioni popolari, che le nostre leggi concedono in materia elettorale politica e amministrativa (art. 37 legge elett. pol. T. U. 28 marzo 1895 e art. 47 legge com. e prov. T. U. 4 maggio 1898); meno razionale invece a prima vista appare per l' azione popolare a tutela delle opere pie, che è disciplinata dagli art. 82 e 83 della legge 17 luglio 1890 e dagli art. 117 e segg. del Regolamento amministrativo 5 febbraio 1891. Il detto art. 82 dice che può esercitare l' azione popolare, nell' interesse dell' istituzione di beneficenza e dei poveri a cui beneficio essa è destinata, ogni *cittadino* che appartenga per domicilio originario o per domicilio di soccorso alla provincia, al comune o alla frazione di esso a cui la beneficenza si estende. La legittimazione attiva dell' azione è qui data dalle condizioni richieste per l' esistenza a favore di una determinata persona del diritto civico al soccorso da parte degli istituti di beneficenza (sulla discussa caratterizzazione del diritto al soccorso vedi Giorgi, Dottrina delle persone giuridiche vol. V pag. 235 e segg.). Ma veramente fra tali condizioni non può dirsi che una, quella della cittadinanza, debba esistere in modo assoluto. Già l' art. 77 della legge 1890 indica in modo generale che gli stranieri possono in Italia ricevere soccorso ed assistenza; ed a questo riguardo è stato ragionevolmente sostenuto che, dati lo spirito della nostra legislazione e la

5. — Le considerazioni sin qui svolte servono a giustificare la concessione agli stranieri di ogni

ripugnanza che esiste nell'associare i due concetti di cittadinanza e di carità, deve ammettersi la presunzione della parificazione dello straniero al cittadino indipendentemente da qualunque condizione di reciprocità (vedi O. LUCHINI, Le istituzioni pubbliche di beneficenza nella legislazione italiana, Firenze, Barbèra 1894 pag. 853). S'intende che tale presunzione deve cedere di fronte alle particolari disposizioni degli statuti, che governano i diversi istituti; e ciò non di rado avviene a vantaggio esclusivo degli stranieri. L'art. 112 del Regolamento per l'attuazione della legge 1890 statuendo che « non hanno diritto al rimborso (dal governo nazionale per la cura degli stranieri) quegli ospedali, che per i loro statuti sono obbligati a ricevere indigenti infermi senza distinzione di nazionalità, a meno che dimostrino l'assoluta mancanza di mezzi disponibili per sopperire a tale spesa », prevede anzitutto il caso in cui di fronte a certi istituti i cittadini e gli stranieri abbiano egual diritto al soccorso; quindi disponendo che « nella città ove esistono ospedali od istituti destinati a prestar soccorso agli stranieri, l'assistenza deve essere prestata prima da essi », prevede l'ipotesi, contemplata espressamente anche dal successivo art. 114, di *spedali della nazione del malato o che siano destinati alla cura degli stranieri.* (Vedi il commento che di queste disposizioni fa il LUCHINI op. cit. pag. 854-8). *Di istituti di carità e di beneficenza destinati a speciale vantaggio degli stranieri,* disponendo che nulla rispetto ad essi è innovato, parla il R. D. 1° dicembre 1870 (con cui si pubblicarono per la provincia di Roma la legge e il regolamento sulle opere pie) all'art. 8 che, secondo un parere del Consiglio di Stato del 19 luglio 1892, è rimasto in vigore anche dopo la legge del 17 luglio 1890. In modo generale è poi certo che nulla nella nostra legislazione vieta che possano anche ora fondarsi in Italia istituzioni

forma di protezione giuridica; e se finora abbiamo parlato del diritto di rivolgersi all'autorità

di beneficenza totalmente a beneficio di stranieri, come all'estero possono fondarsi ad esclusivo beneficio di italiani. In tale condizione di cose è veramente deplorevole che l'art. 11 della legge 1890, innovando sulla precedente legislazione, abbia escluso gli stranieri dal far parte della congregazione di carità e dell'amministrazione di ogni altra pubblica istituzione di beneficenza, e per quanto tale esclusione non sembri sia stata deliberatamente voluta (il LUCHINI, che fu relatore alla Camera dei deputati della legge 1890, deplora l'esclusione e la scusa dicendo trattarsi di una omissione involontaria: op. cit. pag. 174), pur tuttavia obbiettivamente ci si presenta come un frutto di quella stessa predisposizione, che faceva negare agli stranieri l'azione popolare, mentre anch'essi fanno parte di quella più o meno estesa comunione, il cui interesse con quell'azione si tende a far valere, e quest'interesse generale è pure interesse loro e non soltanto dei cittadini. Questo rifiuto appare oltre tutto strano quando si ricordi che nelle nostre leggi è pure consacrato un caso di azione popolare, che può essere esercitata anche dagli stranieri. Infatti l'art. 114 della legge com. e prov. disponendo che *ciascun contribuente* può a suo rischio e pericolo, con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune, comprende evidentemente nella sua dizione generica anche lo *straniero* (cfr. GIRIODI, Il Comune nel diritto civile, Torino 1891 pag. 464 e LUÈ nell'*Enciclopedia giuridica* v° Azione popolare n° 60). La conclusione a me pare debba essere questa: le azioni popolari, che hanno intento prevalentemente amministrativo, possono accordarsi anche agli stranieri, in quanto è pure loro individuale l'interesse, che con quelle azioni si vuol tutelare, di quella ristretta comunione, alla quale anch'essi partecipano.

giudiziaria in via d' azione, si è perché questa è la forma tipica di protezione giuridica e insieme quella che costituisce l' oggetto fondamentale del nostro studio. Così indubbiamente allo straniero compete non soltanto il diritto di agire nello stretto senso della parola, ma anche il diritto di rivolgersi all' autorità giudiziaria in via di ricorso, di eccitare cioè l' esercizio della giurisdizione volontaria, in quanto anche questo secondo diritto rientra indubbiamente in modo più o meno diretto nel concetto generale di diritto alla protezione giuridica [1]. È noto che in quest' ultima il giudice provvede su domanda di interessati o comunque senza quel contradittorio, che fonda veramente il giudizio; opera più come amministratore che come giudice vero e proprio, ed esercita delle attribuzioni, che se gli vengono conferite dalla legge non si può dire rientrino necessariamente nelle sue funzioni. É certo tuttavia che la giurisdizione volontaria ha comune colla contenziosa lo scopo di tutelare il diritto obbiettivo differendo soltanto nel mezzo, che per essa consiste nell' aiuto accordato ai privati per l' attuazione dei loro diritti; onde nel suo esercizio in confronto degli stranieri, non diversamente che nell' esercizio della giurisdizione contenziosa, l' interesse dello Stato si combina col-

[1] Romano op. cit. pag.71.

l' interesse dei singoli [1]. E, come già abbiamo stabilito per il diritto d'azione, la base positiva del diritto di ricorso all'autorità giudiziaria in sede di volontaria giurisdizione va ricercata nella sua dipendenza dal godimento dei diritti civili concesso agli stranieri, in quanto anch'esso rappresenta un mezzo necessario per l'esercizio e la realizzazione di questi diritti.

6. — Lo straniero, nei limiti in cui è ammesso a valersi della pubblica amministrazione dello Stato, può vedere garantiti e difesi i suoi interessi spontaneamente per il giuoco stesso di quei controlli amministrativi, che sono istituiti a sola difesa del diritto obbiettivo, ma riescono pure indirettamente una difesa di ogni diritto, che con l'agire dell'amministrazione si trovi in qualsiasi modo in contatto [2]. Ma quando l'ordinamento giuridico territoriale rafforza i puri e semplici interessi individuali accordando ad essi forma

[1] Sul concetto e la natura della giurisdizione volontaria si vedano le acute indagini critiche recentemente istituite dal DIANA, La giurisdizione volontaria vol. I, Città di Castello, Lapi 1904, pag 52 e segg. Per la più recente dottrina germanica, dopo il WACH op. cit. § 6 pag. 47 e segg., si possono consultare lo SCHMIDT op cit. pag. 130 e segg. e l'HELLWIG, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts vol. I, Leipzig 1903, § 12 pag. 75 e segg.

[2] VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, nel Trattato dell'ORLANDO vol. III pag. 256 e 268.

più efficace di guarentigia e tutela, lo straniero che in proposito di fronte alle norme di diritto materiale sia stato parificato al cittadino deve naturalmente essere ammesso a valersi di quei mezzi di difesa.

Tralasciamo tutte le questioni teoriche, che si agitano nel campo del diritto amministrativo, circa la caratterizzazione delle cosiddette giurisdizioni amministrative quali vere e proprie giurisdizioni. Possiamo limitarci a notare la prevalenza del senso più ampio attribuito alla parola giurisdizione [1] e a richiamare l'osservazione, dal nostro punto di vista interessante, che la tutela del diritto obbiettivo appare nella giurisdizione amministrativa scopo ben più diretto ed immediato che non nella giurisdizione ordinaria [2].

Il senso estensivo attribuito al concetto di giurisdizione ci permette di riscontrare un'analogia, del resto assai evidente, fra il diritto di rivolgersi all'autorità amministrativa in via di ricorso e il diritto di rivolgersi all'autorità giudi-

[1] Vacchelli, op. cit. pag 254.

[2] È appunto nel campo amministrativo che la dottrina ha concepita la possibilità di una vera e propria giurisdizione, che abbia il fine diretto ed immediato di mantenere, obbiettivamente, il diritto. Cfr. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht pag. 164 e Orlando La giustizia amm. nel Trattato vol. III pag. 728.

ziaria in via di azione; nell'un caso e nell'altro, osserva l'Orlando, si ha una facoltà attiva di premere sull'attività di un pubblico potere obbligandolo ad esaminare le ragioni addotte e a decidere su di esse [1]. Ora se lo straniero ha incontestabilmente il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria, nessuno motivo potrebbe esservi per negargli l'analogo diritto di rivolgersi all'autorità amministrativa per ottenere il riconoscimento di quei diritti o interessi legittimi, che gli derivano dall'ordinamento giuridico territoriale [2]. In un certo senso anzi potrebbe dirsi

[1] Orlando, op. cit. pag. 660.

[2] Il Longo, che di regola esclude gli stranieri dal godimento dei diritti pubblici subbiettivi, dice che « eccezionalmente in quegli Stati che come il nostro ammettano gli stranieri ad una perfetta eguaglianza nei diritti civili, vengono altresì loro estese quelle garanzie, che in difesa di questi diritti possono ai nazionali competere contro l'atto della pubblica amministrazione » (art. cit. in *Arch. di dir. pub.* vol. I pag 347). — Un caso di ricorso all'autorità amministrativa, che è tipico in quanto riguarda soltanto gli stranieri, può aversi in materia di espulsione, che a differenza delle leggi di polizia in genere, le quali si applicano egualmente ai cittadini e agli stranieri, non riguarda appunto che questi ultimi. Se si ritiene col Ranelletti (op. cit. pag. 1020-1021 e nota 1 ivi) che la pretesa dello straniero all'incolato si caratterizza secondo la nostra legge come un interesse legittimo e che l'atto dell'autorità che ordina l'espulsione è un atto amministrativo di polizia e non un atto politico, bisogna riconoscere che contro tale atto è possibile il ricorso alla IV.ª sezione del Consiglio di Stato Vedi in contrario Esperson, I decreti di espulsione degli stranieri

che la concessione allo straniero del diritto di rivolgersi all'autorità amministrativa ha in sè una più evidente necessità che non la concessione del diritto di agire davanti all'autorità giudiziaria. Infatti la tutela giuridica dei diritti privati, che costituiscono la materia normale di competenza dell'autorità giudiziaria, può in fatto attuarsi mercè l'opera dei magistrati di Stati diversi, mentre la tutela dei diritti pubblici o degl' interessi legittimi non può derivare che dalla pubblica autorità dello Stato, che ne accordò il godimento anche agli stranieri [1].

La possibilità dunque di valersi di tutti i mezzi di ricorso consentiti dalla legge locale può dirsi implicita nella concessione che lo Stato fa agli stranieri dei vantaggi o di alcuni dei vantaggi, che la pubblica amministrazione nel suo esercizio offre ai cittadini [2]. In ciò davvero l'in-

e la IV.ª sezione del Consiglio di Stato in *Arch. giur.* vol. LV pag. 592-8.

[1] Vedi la nota 2 a pag. 78.

[2] Dal principio che la concessione fatta dallo Stato agli stranieri di valersi ai proprî fini dell'attività della pubblica amministrazione ha esclusivamente il contenuto che la legge dello Stato stesso determina in genere anche per i cittadini, deriva lo scarso valore che può avere in proposito la clausola della reciprocità contenuta in un trattato. Invero, nonostante questa clausola, la posizione dei cittadini di due Stati contraenti, che per effetto del trattato apparirebbe uguale, può in fatti essere molto diversa appunto in dipendenza della varia intensità di riconoscimento, che

teresse individuale coincide perfettamente coll' interesse dello Stato, il quale appunto per mezzo delle cosiddette giurisdizioni amministrative è interessato a tutelare l'osservanza del suo diritto pubblico obbiettivo in confronto di tutti quelli ai quali esso estende la sua efficacia (1).

le due legislazioni possono accordare agl' interessi individuali, ossia in sostanza delle varie forme di tutela che le due legislazioni possono accordare agli stessi interessi individuali, i quali così vengono ad assumere una consistenza ben diversa.

(1) Il principio ormai assodato che allo straniero deve essere consentito l'uso di tutti i mezzi di tutela dei diritti a lui riconosciuti dall' ordinamento giuridico territoriale serve per risolvere la questione se ed in quanto egli possa esercitare il diritto di petizione. In genere si riconosce che questo diritto può vantare molte affinità col diritto di reclamo all' autorità amministrativa; secondo alcuno l'affinità esisterebbe anche coll' azione davanti l' autorità giudiziaria (cfr. PALMA, Corso di dir. costit. 3ª ediz. vol III pag. 235; ROMANO, op. cit. pag. 77-8). Senza intrattenerci in disquisizioni astratte o storiche possiamo limitarci ad affermare come conseguenza logica di quanto abbiamo detto precedentemente, che il diritto di petizione non può negarsi agli stranieri in quanto sia diretto contro un atto della pubblica amministrazione, che abbia leso un loro interesse individuale giuridicamente protetto dallo Stato. Non si avrebbe in tal caso che l'esercizio di un diritto pubblico rivolto verso il parlamento e che secondo l'origine dell' istituto nella costituzione inglese (vedi ORLANDO, Principî di diritto costituzionale pag. 254 e segg.) rappresenterebbe un mezzo di eccitare la giustizia legislativa. Il fine unico di ottenere giustizia accomuna questo mezzo con gli altri, che hanno la loro direttiva verso l'autorità giudiziaria o quella ammini-

7. — Ben disse l'Holtzendorff che la protezione giuridica privata accordata allo straniero è una delle più antiche manifestazioni dell'idea del di-

strativa, in guisa da non consentire un'eccezione per il primo quando gli stranieri possono già esercitare gli ultimi due A questi concetti pare s'ispiri la dottrina francese, la quale fu anche esposta dall'on. Baze nella seduta del 1.° aprile 1871 dell'Assemblea nazionale (cfr. Ducrocq, Cours de droit administratif 7ª ediz. vol. III pag. 277-8; Weiss, op. cit. vol. II pag. 114-5). Ma la pratica parlamentare è molto più larga: essa respinge l'indagine preliminare se la petizione riguardi diritti di cui gli stranieri abbiano il godimento o non piuttosto l'organizzazione politica francese, rispetto alla quale gli stranieri sprovvisti di diritti non possono legittimamente interloquire, e vuole invece che l'Assemblea sia di caso in caso giudice dei motivi che hanno ispirato il petizionario e del seguito che la sua domanda comporta. Questa teoria, che ha ormai numerosi precedenti di giurisprudenza parlamentare, fu nella seduta del 28 aprile 1863 del Senato imperiale svolta ampiamente dal de Royer, il quale a mo' di conclusione disse: se lo straniero, residente o no in Francia, vi sottomette una domanda utile e pratica, si rivolge a voi in nome di un interesse serio e giustificato, invoca l'appoggio delle leggi francesi o del diritto internazionale, voi accoglierete il suo reclamo e delibererete nella misura, in cui converrà alla vostra saggezza di farlo (Weiss op e vol. cit pag. 115-6). La teoria parlamentare francese è stata recentemente ricordata nella Camera italiana a proposito della petizione del signor Flegel, addetto all'ambasciata imperiale di Russia a Roma, il quale chiedeva che si adottassero provvedimenti per togliere l'abuso delle macchine da palombaro nella pesca delle spugne. Nella seduta dell'8 febbraio 1904 l'on. Rizzo trattò largamente la questione generale, citò i precedenti del parlamento subalpino ed italiano escludenti ogni dubbio sul diritto di *chiunque*

ritto delle genti ([1]). In epoche storiche, in cui si disconosceva la personalità giuridica dello straniero e per conseguenza non si ammetteva in lui il diritto di agire direttamente davanti ai tribunali, una speciale rappresentanza con forme istituzionali servì ad attuare quella protezione giuridica. Basta a ciò ricordare l' evoluzione dell' ospitalità, che nelle varie sue fasi ci mostra permanente, per quanto svolgentesi in forme diverse, l' elemento della rappresentanza in giudizio

di mandare petizioni (art. 57 dello Statuto) e ricordando la discussione avvenuta nel Senato francese dimostrò che la regola da esso adottata è la più giusta. Il Sottosegretario per l' agricoltura dichiarò che avrebbe tenuto conto nei limiti del possibile della domanda del signor Flegel e la petizione fu a tal uopo rinviata al ministero competente.

Concepito il diritto di petizione nell' interezza della sua accezione moderna, come mezzo cioè non soltanto di provvedere ad un interesse particolare di una data persona, ma anche di soddisfare ad un interesse più o meno generale, l' estensione sua agli stranieri non può trarsi che da concetti del tutto differenti da quelli dedotti dall' analogia col diritto di reclamo all' autorità amministrativa. Da questo punto di vista generale e comprensivo la questione ci interessa assai meno; e poichè si tratta di uno quei diritti pubblici, che per la natura del potere statuale a cui si rivolgono trovano la loro consacrazione nella carta costituzionale, la questione stessa deve risolversi in base alle norme fissate nelle diverse costituzioni, le quali per esempio possono trovarsi ricordate in Mancini e Galeotti, Norme ed usi del parlamento italiano, Roma 1887 pag. 459-460.

([1]) Holtzendorff-Rivier, Introduction au droit des gens, Paris 1889, pag. 55.

come primo ed essenziale elemento della tutela dovuta allo straniero dall'ospite [1]. Non potendosi parlare di rappresentanza nel senso tecnico della parola (essendo giuridicamente impossibile rappresentare chi non ha l'azione, perchè privo di esistenza giuridica) si ha un procedimento fittizio, che fa apparire come attore un cittadino, il solo che avesse l'azione, per quanto la pretesa sostenuta in giudizio non fosse sua personale. Secondo il diritto ateniese i meteci (stranieri autorizzati a fissarsi nell'Attica), che erano quasi tutti commercianti e in grandissimo numero, non potevano star soli davanti la giustizia nazionale; erano obbligati dalla legge a scegliere fra i cittadini un patrono, che li proteggesse, li rappresentasse, facesse loro cauzione davanti allo Stato e li assistesse nei diversi atti della vita civile. Questo patrono era il *prostatos*, il quale doveva assistere il suo cliente metecio davanti a tutte le giurisdizioni ateniesi; nel nome di lui l'azione era intentata e si organizzava la procedura [2]. Gli stranieri di passaggio potevano invece ricorrere ai magistrati ateniesi coll'assistenza dei

[1] Cfr. Del Vecchio, L'evoluzione dell'ospitalità in *Rivista italiana di sociologia* anno VI pag. 234-246.

[2] Trochon, Les étrangers devant la justice française et les juridictions nationales des peuples anciens et modernes, Paris, Marescq ainé 1867 pag. 7; Catellani, op. cit. 2ª ediz. vol. I pag. 61-2.

prosseni, cittadini greci scelti dal governo locale coll'espresso mandato di proteggere gli stranieri e particolarmente di rappresentarli in giudizio (1). Così pure a Roma i *peregrini* potevano ottenere la protezione giuridica soltanto per mezzo dell'assistenza dei *patroni*, le cui funzioni erano analoghe a quelle dei prosseni greci ed ebbero storicamente lo stesso sviluppo. La parte principale del dovere di protezione verso l'ospite era incontestabilmente quella di difenderlo davanti ai tribunali (2) e quindi di curare che a causa della sua scarsa conoscenza dei costumi romani, della poca abilità nella lingua romana e della ignoranza del diritto romano non venisse ingiustamente danneggiato (3).

Il diritto romano, oltre l'espediente di fare agire un cittadino in nome proprio, come difendendo un suo diritto, per l'interesse reale di un peregrino, conosceva l'altro di fingere nel peregrino la cittadinanza romana per potergli accordare l'azione. È interessante in proposito il testo di Gaio IV, 37 là dove si parla delle *fictiones*

(1) Sulla prossenìa vedi l'ancor classico libro del SELL, Die recuperatio der Römer, 1837, pag. 126-9; e CATELLANI, op. cit. 2ª ediz. vol. I pag. 55-8.

(2) Appunto per questo in seguito si chiamarono patroni i primi difensori dei cittadini davanti ai tribunali.

(3) SELL, op. cit. pag. 124. Nell'opera stessa a pag. 117-125 e 130-137 è un completo svolgimento di tutto l'istituto del patronato romano.

iuris: « Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi: veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur.... Item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate romana judicium datur. »

Tutti questi avvedimenti mostrano come anche nelle prime epoche storiche, quando si disconosceva la personalità giuridica degli stranieri, fosse vivamente sentito il bisogno di non privarli di ogni protezione giudiziaria.

Tutti i popoli dell'antichità, osserva il Catellani, nell'amministrazione della giustizia hanno preso le mosse dal concetto che al pari della legge civile anche la tutela della magistratura fosse un patrimonio esclusivo del cittadino, in quanto una convenzione non ne facesse in qualche misura partecipe anche una data categoria di stranieri [1]. Così in Grecia si ebbero i *simboli*, che almeno nel loro primo significato sono eccezioni convenzionali all'isolamento giuridico degli Stati, per effetto delle quali i cittadini dell'uno si ammettevano nel territorio dell'altro alla tutela giudiziaria, ed equivalgono alle clau-

[1] CATELLANI, op. e ediz. cit. vol. I pag. 87.

sole dei moderni trattati, che garantiscono agli stranieri il libero e facile accesso alle corti di giustizia ([1]). Ma più completamente e più presto che altrove in molte città greche e specialmente in Atene l' eccezione giunse per via di adattamento graduale di idee e di consuetudini a sostituire la regola e lo straniero venne ammesso alla protezione giudiziaria senza bisogno di una particolare garanzia convenzionale ([2]). Non diversamente in Roma lo straniero in un primo periodo non poteva invocare protezione giuridica di sorta senza espressa convenzione, mentre in seguito, pur essendo riconosciuto nonostante la mancanza di trattati come soggetto di diritto, restava sempre escluso, se quei trattati non intervenivano a favorirlo con una eccezione, dalla vita giuridica dei romani ([3]). La più importante di tutte le concessioni convenzionali, quella che tutte le altre rendeva effettive, era la *recuperatio*, che fissava il procedimento per dirimere le controversie di diritto privato nei rapporti con determinati stranieri ([4]). Anche in Roma per un fenomeno analogo a quello notato in Grecia si venne riconoscendo negli stranieri indipendentemente da trattati sia la personalità giuridica che la

([1]) CATELLANI op: e ediz. cit. vol. I pag. 96, 98 e 99.
([2]) CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 87, 90-1 e 100-1.
([3]) CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 139.
([4]) CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 145-6..

capacità di adire i tribunali; e i recuperatori nel periodo di vita che loro rimase, prima ancora di diventare giudici speciali romani, assunsero il carattere di giudici internazionali agenti senza bisogno di convenzioni (1).

Nel medio evo si ha un regresso, che riporta la condizione giuridica dello straniero di fronte all' amministrazione della giustizia allo stesso punto, in cui l' abbiamo vista nel primo periodo attraversato dai popoli antichi. Fu ben rilevato che le originarie massime del diritto greco e di quello romano combinano con le condizioni richieste dal diritto barbarico per riconoscere nello straniero un soggetto di diritto: è ancora una volta l' istituto della ospitalità, che permette in qualche modo allo straniero di godere della protezione giuridica (2). I Germani non concepivano l' esistenza di alcun vincolo giuridico fra di loro e lo straniero (*wargangus*), il quale non poteva essere in alcun modo tutelato se non ricorreva all' intervento dell' ospite, che era il responsabile delle sue azioni. In seguito la protezione legale degli stranieri fu assunta dal re, il quale divenne così il loro mundualdo come era già degli orfani, dei minori e delle donne (3).

(1) CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 73-4.

(2) CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 247 e 251.

(3) PERTILE, Storia del diritto italiano 2ª ediz. vol. III pag. 187-8.

Questa condizione di cose peggiorò quando all' autorità regia sottentrò il potere feudale e i baroni indipendenti da qualunque sindacato avocarono a sè la protezione dei forestieri coi diritti e vantaggi che ne scaturivano (1). Un notevole progresso si ebbe durante l' epoca comunale, quantunque lo stato della legislazione fosse estremamente vario nei diversi comuni e a seconda delle varie categorie di stranieri ed estremamente variabile in uno stesso comune col mutare delle condizioni sociali ed economiche. Secondo qualche statuto allo straniero attore rendevasi giustizia come all' attore cittadino a condizione di reciprocità; il più spesso questa condizione non era prevista, ma giustizia non era resa se l' attore straniero non possedeva beni nello Stato o non prestava cauzione di continuare nel processo e di pagare le spese od altro cui fosse per avventura condannato (2).

La difficoltà di ottenere giustizia dalle magistrature locali, assieme con altre cause ben note

(1) PERTILE, op. e vol. cit. pag. 189. Anche in questo periodo tuttavia non mancano trattati, in cui una delle parti si obbliga a rendere giustizia ai sudditi dell' altra: cfr. NEUMEYER, Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Privat-und Strafrechts bis Bartolus, München 1901 pag. 128 e TAMASSIA, Stranieri ed ebrei nell' Italia meridionale dall' età romana alla Sveva, Venezia 1904 pag. 22.

(2) PERTILE, op. cit. vol. III pag. 190 e CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 312.

che ora qui meno interessano, dettero origine a speciali magistrature nazionali, [1] che tranne nei paesi di civiltà inferiore durarono soltanto finchè lo Stato, assunta piena coscienza della sua missione e dei suoi diritti, non ritenne con questi inconciliabile l'esistenza nel suo territorio di una giustizia amministrata da stranieri a stranieri. L'abolizione nei paesi europei della giurisdizione consolare non sarebbe astrattamente concepibile, nè si sarebbe in fatto verificata, se lo Stato non avesse direttamente assunta su di sè la tutela giuridica degli stranieri e per conseguenza non avesse accordato a questi il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria locale.

Parlando dei paesi europei fuori dell' Italia il Catellani ricorda che la protezione giudiziaria veniva talora garantita agli stranieri con speciali avvedimenti. Così « in alcuni paesi i giudici, essendo assunti all'ufficio, dovevano promettere con giuramento d'essere imparziali nel rendere giustizia ai forestieri non meno che ai cittadini. In alcuni territori il desiderio di concedere agli stranieri una efficace protezione giudiziaria induceva i governi ad istituire, secondo l'esempio della Grecia antica, giudizi straordinarî competenti per le controversie fra indigeni e forestieri ed obbligati a giudicare entro brevissimi termini,

(1) PERTILE, op. cit. vol. VI parte 1ª pag. 122-9.

[illegible] potesse sospendersi l' esecuzione del [illegible], in guisa che il forestiero non stabilito [illegible] territorio non fosse obbligato dal litigio a troppo lunga assenza dal proprio paese » ([1]).

Ma bisogna riconoscere che assai prevalenti erano le misure di sfavore ([2]), dominante sopra tutte e dovunque generalizzata la *cautio judicatum solvi*, di cui è nota e ormai assodata l' origine germanica, mentre il suo battesimo latino con nome preso nelle compilazioni di Giustiniano è dovuto alla mania di ricollegare tutto al diritto romano, all' abitudine generale di non giudicare della bontà di un' istituzione che per la circostanza che essa esisteva o no

([1]) CATELLANI, op. e ediz. cit. vol. I pag. 415.

([2]) Ricorda ad esempio il TROCHON (op. cit. pag. 63-4) che in Francia sin verso la metà del sec. XV l' *aubain* servo doveva sollecitare l' autorizzazione reale per farsi attore contro un uomo franco. Ben più importante è il richiamo che lo stesso CATELLANI fa (pag. 420-1) al rigoroso sistema di ritorsione, invalso specialmente fuori d' Italia, circa il diritto d' agire degli stranieri e alle rappresaglie, che venivano generalmente considerate come una dipendenza del diritto di rendere giustizia e che provano da un lato la imperfetta coscienza, che gli Stati avevano di questo loro diritto, mentre dall' altro addimostrano la volontà degli Stati stessi, decisa fino a una forma indiretta di coazione internazionale, che le ragioni dei proprî cittadini all' estero si esercitassero a preferenza nel regolare procedimento giudiziario (vedi sulle condizioni consuetudinarie e convenzionali per esercitare le rappresaglie quanto è si detto precedentemente a pag. 74 in nota).

a Roma, all' entusiasmo per lo studio della legislazione romana; verso cui la scoperta delle Pandette fiorentine e i lavori dei glossatori avevano rivolti tutti gli spiriti [1].

Per quanto possa apparire strano e contradittorio, l' esistenza di limiti non presupponeva indiscussa in principio l' esistenza a favore degli stranieri del diritto di agire. La causa prima di questo fenomeno si deve forse ricercare nella mancanza di un riconoscimento ben netto della personalità del cittadino, e molto più quindi dello straniero, di fronte allo Stato; ma certo vi ha in gran parte contribuito l'imperfezione della scienza processuale, che ingenerando confusione fra diritto di agire e giurisdizione induceva a credere

[1] DEMANGEAT, Histoire de la condition civile des étrangers en France vol. I pag. 139; TROCHON op. cit. pag. 66-7; BRUNET, Les étrangers en France: accès aux tribunaux, Paris, Giard et Brière 1898 pag. 11-18. Rimando a questi autori chi avesse vaghezza di constatare come fra la *cautio judicatum solvi* romana e la nostra non vi sia di comune che il nome. Basti qui ricordare che a Roma la *cautio* era imposta nella maggior parte dei casi al convenuto latino o *civis* per garanzia dell' esecuzione piena ed intera del giudicato; mentre ora essa viene imposta soltanto all' attore straniero ed esclusivamente per garanzia delle spese e dei danni interessi. Se ad ogni costo volessero ricercarsi delle analogie nel diritto romano, bisognerebbe ricordare la cauzione, che per la Novella 112 di Giustiniano cap. 2° ogni attore, cittadino o straniero, doveva fornire prima di citare il suo avversario in giudizio all' effetto di escludere l' intenzione calunniosa.

che l'accordare allo straniero il diritto di agire equivalesse a rendere competente la giurisdizione territoriale in ogni azione mossa da uno straniero. Comunque appare, e l'osservazione ha per noi grande importanza, che ogni Stato considerava il diritto d'agire come del tutto indipendente dal diritto materiale, non riguardando affatto la concessione di quello come una conseguenza necessaria della posizione generale fatta agli stranieri dal punto di vista del diritto privato. Anche in epoche recenti, in cui tale posizione ha avuto nei vari Stati un ordinato assetto legislativo, il diritto d'agire viene considerato come oggetto di una concessione graziosa, che gli Stati fanno convenzionalmente sulla base della reciprocità.

Da ciò il numero infinito di trattati, che a preferenza di qualunque altra materia del diritto processuale civile internazionale hanno per oggetto la concessione e il regolamento del diritto di agire [1], mentre la concessione e il regolamento dei diritti privati rimanevano in gran parte

[1] Sul numero e l'importanza dei trattati, che contengono stipulazioni su questo argomento cfr. LAMMASCH nell'Handbuch des Völkerrechts dell'HOLTZENDORFF vol. III pag. 364-7. Ai numerosi esempi ivi riferiti si può aggiungere quello di importanza ormai storica offerto dal trattato di Utrecht del 1713, che all'art. 8 disponeva: « Les voies de la justice ordinaire seront ouvertes et le cours en sera libre réciproquement dans tous les royaumes, terres et seigneuries de l'obéissance de leurs Majestés et leurs sujets de part

soggetti alle leggi e alle consuetudini. Il procedimento non è oggi sostanzialmente modificato; il che significa che nella convinzione degli Stati perdurano le cause che in passato ebbero a determinarlo. Certo si può con sufficiente sicurezza affermare che oggidì tutti gli Stati civili considerano in massima come loro dovere l'accordare agli stranieri la protezione giuridica. Pochi hanno in proposito un' affermazione generale [1], molti invece riconoscendo negli stranieri la qualità di soggetti di diritto implicitamente ammettono che

et d'autre pourront librement y faire valoir leurs droits, actions et prétentions suivant les lois et statuts de chaque pays ». De Clercq, Recueil vol. I pag. 5.

[1] Nel Belgio l'art. 128 della Costituzione del 25 febbraio 1831 dice: « Tout étranger, qui se trouve sur le territoire de la Belgique, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». Nello stesso senso dispongono l'art. 4 della Costituzione olandese 30 novembre 1887, l'art. 111 della Costituzione del Lussemburgo, l'art. 11 del Codice civile rumeno del 1865, l'art. 30 della Costituzione serba del 22 dicembre 1888 e l'art. 1 del decreto 20 febbraio 1891 dello Stato del Congo (*Ann. de lég. étrang.* 1892 pag. 873). In modo più preciso l'art. 995 tomo X dello Svod delle leggi russe: « Gli stranieri residenti in Russia sono posti personalmente e per i loro beni sotto la protezione delle leggi russe e godono di tutte le garanzie di queste leggi ». Secondo il § 19 del Cod. civ. austriaco « *ognuno* che si crede leso nei suoi diritti è libero di portare le sue querele alle autorità stabilite dalla legge »; e in quell'*ognuno* è compreso anche lo straniero a condizione di reciprocità (§ 33).

essi abbiano il diritto di pretendere la tutela giuridica; ma un esagerato concetto della sovranità territoriale e un non meno esagerato concetto della protezione dovuta ai cittadini inducono al principio generale tali, così varie e gravi limitazioni da rendere ben lontana ancora l'esistenza al riguardo di un diritto comune internazionale.

8. — I principi teorici sopra svolti illuminano l'interpretazione del diritto positivo nel caso frequente che questo non contenga una norma esplicita concedente agli stranieri il diritto d'agire. Tale concessione deve ritenersi una conseguenza implicita e necessaria del riconoscimento della personalità giuridica e della concessione dei diritti privati. Da questo punto di vista appare chiara l'interpretazione del nostro ordinamento giuridico, nel quale non si parla esplicitamente dello straniero attore. La letteratura e la giurisprudenza in buona parte considerano il diritto di agire come un diritto privato e però ritengono che la sua concessione agli stranieri risulti chiaramente dalla lettera dell'art. 3 Cod. civ. [3]

[3] GIANZANA, Lo straniero nel dir. civ. it. vol. I parte II, pag. 46; FIORE, Del diritto dello straniero di adire i trib. italiani, in *Mon. Trib.* 1891 pag. 93-7; ESPERSON, Condizione giuridica dello straniero in Italia § 195 e *Mon. Trib.* 1891 pag. 689-691; CUZZERI, Il Cod. it. di proc. civ. illustrato 2ª ediz. vol. I, pag. 281. Quanto alla giurisprudenza ricorderò come

Questo ragionamento, inesatto nel punto di partenza e però eccessivamente semplicistico nonostante la bontà delle conclusioni, corrisponde alla tendenza derivante da poltroneria intellettuale di risolvere molte questioni di diritto internazionale lasciate insolute dal legislatore mercè la diretta applicazione di quell'art. 3 Cod. civ., che ha indubbiamente la massima importanza per lo spirito a cui è informato e così come guida d'interpretazione logica atta a colmare le lacune legislative, ma per il letterale disposto suo ha una portata assai limitata. Ora i termini della nostra questione non possono correttamente porsi che così come ha fatto il Mortara [1]. Il diritto d'azione esplicandosi verso lo Stato appartiene alla categoria dei diritti pubblici e però a rigore di termini non può ritenersi compreso nell'art. 3 cod. civ.; esso è tuttavia tal diritto pubblico da richiedere come presupposto necessario e sufficiente la semplice qualità di soggetto giuridico. Ora siccome il testo dell'art. 3 rico-

tipica la sentenza 11 luglio 1898, Kopp c. Keller, della Cassazione di Roma (*Giur. it.* 1898, I, 1, 935 e *For. it.* 1898, I, 955), la quale per dichiarare ricevibile l'azione di un creditore straniero per far pronunciare il fallimento di un commerciante italiano trovò la base nell'art. 3 Cod. civ., che ammette gli stranieri al godimento dei diritti civili, essendo appunto uno di tali diritti quello dei creditori di un commerciante a farne dichiarare il fallimento.

[1] MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 342 e 345.

nosce nello straniero questa qualità sotto le condizioni stesse con le quali è riconosciuta al cittadino, ben può dirsi che in esso sia implicitamente contenuta la concessione del diritto d'agire. D'altra parte essendo poco concepibile che uno Stato conceda godimento di diritti senza la garanzia giurisdizionale, che è il proseguimento o completamento che dir si voglia della stessa guarentigia generale inclusa nella attribuzione del diritto subbiettivo, la facoltà dello straniero di adire i tribunali italiani può legittimamente apparire come una necessaria conseguenza del godimento dei diritti civili accordati appunto dall'art. 3 (1). Il processo logico è dunque meno semplice di quello generalmente adottato dalla

(1) Così semplicemente il CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. II pag. 216 e 219; il GEMMA, Il rapporto di estraneità nel dir. intern. privato, Firenze 1896 pag. 77-78; l'ELENA, op. cit. pag. 168 e 194-5; BUZZATI in LESKE u. LOEWENFELD op. cit. vol. I, pag. 602; l'OLIVI, Manuale di dir. intern. pubb. e priv. Milano 1902 p. 888-9. Degna di nota, assai più per la dottissima e corretta motivazione che non per le conclusioni conformi a quelle a cui arriva molta parte della nostra giurisprudenza, è la sentenza 22 giugno 1898 del Tribunale di Roma (*Giur. it.* 1898, I, 2, 647), la quale determinò la giurisdizione nei tribunali italiani nelle questioni di stato fra stranieri esclusivamente in base all'ammissione di questi al godimento dei diritti civili, ritenendo che « la concessione del godimento di un diritto importi per necessità giuridica la concessione dell'azione perchè esso sia fatto valere in giudizio ».

dottrina, ma identiche sono le conclusioni come identico è il punto di partenza nel nostro diritto positivo [1].

I principi fondamentali, di cui abbiamo fatto applicazione all' Italia, valgono naturalmente per ogni paese le cui condizioni legislative rendano necessario in proposito il ricorso al processo di costruzione giuridica. Tale è appunto il caso della Francia, ove tuttavia la dottrina ha stranamente complicata la questione sfoderando per risolverla le più viete teorie di diritto pubblico generale e di diritto internazionale. La grande maggioranza degli scrittori muove da una distinzione, che sempre si riproduce quando si tratta di determinare la somma dei diritti competenti agli stranieri, da quella distinzione cioè fra diritti civili e diritti naturali, che rappresenta un ben strano fenomeno di sopravvivenza, di cui è tuttora vittima in Francia il sistema di diritto internazionale privato [2]. Certo non mancano scrittori,

[1] Si noti che per assicurare agli italiani all' estero lo stesso diritto di cui godono gli stranieri in Italia, il nostro governo quasi sempre nei trattati di commercio e navigazione, talora invece nelle convenzioni consolari e di stabilimento, ha inserito a favore dei cittadini di una Parte nel territorio dell'altra la clausola di « libero e facile accesso presso i tribunali di ogni istanza e giurisdizione per far valere i propri diritti e per difendersi ».

[2] Sulla origine e sulla persistenza della distinzione nella dottrina e nella giurisprudenza francese vedi TROCHON op. cit. pag. 63.

anche non più recenti, come non mancano delle sentenze, che combattano il riferimento alla distinzione nel problema generale della giurisdizione circa gli stranieri ([1]); ma così forte è stata la sua influenza nell'educazione giuridica che anche quando non è esplicitamente confessata non è difficile rintracciarla come base latente delle varie costruzioni.

Fra le due correnti, che si contrastano il campo, sembra prevalente quella che considera il diritto d'agire come un diritto civile riservato in principio ai soli nazionali ed estensibile agli stranieri soltanto quando nell'esercizio della giurisdizione in loro confronto sia implicato un grave interesse territoriale o quando vi sia un'espressa disposizione convenzionale ([2]). I motivi general-

([1]) Vedi i riferimenti fatti dal TROCHON op. cit. pag. 254-6.

([2]) Questa sembra l'opinione sopratutto preferita dalla giurisprudenza. È nota la sentenza 30 dicembre 1815 della Corte di Colmar, nella quale si legge che « se il diritto di rendere giustizia è uno degli appannaggi della sovranità, quello di reclamarla e di ottenerla è un vantaggio, che il suddito è fondato ad esigere dal suo sovrano; sotto questo duplice rapporto ogni monarca non deve la giustizia che ai suoi sudditi e deve rifiutarla agli stranieri, a meno che non abbia un interesse ben riconosciuto a far giudicare il processo nei suoi Stati o che nei trattati vi siano delle stipulazioni derogatorie » (TROCHON, op. cit. pag. 259). Vedi anche LACHAU, op. cit. pag. XV-XVIII, XXXIII, 119-120 e i riferimenti di dottrina e di giurisprudenza fatti dal MEILI, Das intern. Civilprozessrecht I, pag. 68-9.

mente addotti sono i seguenti: le leggi francesi in principio non sono fatte che per i francesi e le eccezioni devono essere strettamente determinate; i tribunali francesi sono istituiti esclusivamente per i francesi e non bisogna renderli sovraccarichi di lavoro per gli stranieri, che hanno la giustizia naturale nei tribunali del loro paese; dalla concessione di certi diritti civili per effetto dell'art. 11 Cod. civ. non deriva il diritto alla giurisdizione dei tribunali francesi, confondendosi altrimenti il godimento coll'esercizio di un diritto e colle regole di competenza; i tribunali francesi nelle cause fra stranieri dovrebbero interpretare ed applicare leggi straniere, sottostando così ad un compito grave e difficile, che occorre evitare.

Conseguenza strettamente logica di tali premesse sarebbe la assoluta incompetenza dei magistrati francesi nelle cause fra stranieri senza possibilità di deroga nè per il consenso delle parti nè per volontà del giudice (1). Invece la grande maggioranza della giurisprudenza adotta il sistema della incompetenza facoltativa, per cui una volta portata volontariamente una loro contesa davanti alla giustizia francese gli stranieri

(1) Cfr. le giuste osservazioni fatte in proposito dal DESPAGNET, Précis de droit international privé n. 294 e dal PILLET op. cit. pag. 236.

s' intendono senz' altro sottoposti a quest' ultima senza possibilità di ritornare sul consenso prestato, mentre i magistrati sono pienamente liberi di dichiararsi a seconda dei casi competenti o incompetenti e ciò in qualunque stato di causa [1]. Gli stranieri pertanto rimangono privi di un vero e proprio diritto alla tutela giuridica, la cui consistenza sarebbe inconciliabile col potere discrezionale riconosciuto all' autorità giudiziaria.

L' opinione contraria parte dal concetto inverso, che considera il diritto di ottenere giustizia come di diritto naturale o di diritto delle genti, come uno di quei diritti quindi che devono essere accordati ad ogni uomo senza distinzione di nazionalità [2]. Il falso punto di partenza non sempre dispensa dall' addurre un qualche motivo buono; così per esempio il Laurent afferma che dati i diritti principali, di cui godono gli stranieri in Francia, non si concepisce l' incompetenza dei tribunali francesi riguardo agli stranieri [3]. In seguito i motivi buoni aumentarono e si fortificarono così da rendere facilmente persuasi della inutilità prima che della fallacia del punto di

[1] Sul modo in cui si esplica nella pratica tale assurdo sistema della competenza facoltativa vedi Lachau, op. cit. pag. 124 e segg.

[2] Laurent, Droit civil international vol. IV, n. 31; Despagnet, op. cit., pag. 308.

[3] Laurent, Droit civil vol. I, n. 440.

partenza. Per tal modo in questo come in vari altri rapporti relativi alla posizione giuridica degli stranieri lo spirito di libertà penetrato nel diritto internazionale in virtù dei concetti del diritto naturale preparò il terreno alla giusta soluzione, che a poco per volta venne poi emancipandosi dall'antico fondamento. Di questa evoluzione progressiva la dottrina francese ci offre un esempio molto interessante, per quanto non sia molto notevole il numero dei giuristi, che si sono completamente sottratti all'influenza delle antiche idee (1).

Anche l'opinione liberale ha una conseguenza praticamente molto importante. Dal principio infatti che ogni persona ha diritto alla giustizia dei tribunali si deduce generalmente, che le norme di competenza fissate nel codice francese concernono così gli stranieri che i francesi (2). La deduzione è evidentemente aberrante dal suo principio ed è frutto di una deplorevole confusione, non infrequente nella nostra materia, fra l'esi-

(1) Tra gli scrittori non recenti ricordo il TROCHON (op. cit. pag. 250-256), che dà una critica stringente della teoria contraria; e fra quelli recentissimi il PILLET, op. cit. pag. 234-5. Cfr. anche GARSONNET, Traité théorique et pratique de procédure 2ª ediz. vol. II § 406 pag. 18-23.

(2) Cfr. in questo senso fra gli altri il GLASSON in *Journal* 1881 pag. 105. Quanto alla giurisprudenza vedi quella riferita dal LACHAU, op cit. pag. 111.

stenza del diritto di agire e l'affermazione della competenza; infatti dal riconoscimento del diritto d'azione agli stranieri alla pari dei cittadini non deriva affatto una parificazione assoluta degli uni agli altri di fronte alle norme sulla giurisdizione. Sarebbero allora singolarmente semplificate una quantità di gravi questioni circa la giurisdizione rispetto agli stranieri; ma la semplificazione non potrebbe avere alcun valore scientifico. Si noti inoltre che la dottrina francese a cui abbiamo accennato avrebbe per risultato una trasposizione nel campo internazionale di norme dettate dal legislatore esclusivamente per il campo interno, trasposizione che, come meglio avremo agio di vedere in seguito, non è consigliabile nè possibile senza estreme cautele.

In numerosi trattati la Francia ha accordato agli stranieri sulla base della reciprocità il *libre accès* davanti ai suoi tribunali, i quali allora diventano obbligatoriamente competenti anche rispetto alle questioni di stato e di capacità personale [1].

[1] Cfr. LACHAU op. cit. pag. 303-310 e BEAUCHET in LESKE u. LOEWENFELD I, 537. Fra i trattati è notevole quello stipulato col Belgio l'8 luglio 1899 per regolare fra i due Stati la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze (*Revue de droit intern.* 1899 pag. 370). In esso la disposizione dell'art. 1 § 1 (en matière civile et commerciale les Belges en France et les Français en Bel-

Le varie opinioni emesse in Francia circa il diritto d'agire degli stranieri sono comuni anche al Belgio, dove tuttavia ogni dubbio sulla soluzione favorevole venne eliminato dall'art. 52 della legge processuale del 1876 ([1]).

In Olanda, dove pure la dottrina non si mostrò del tutto estranea alle discussioni agitate in Francia e nel Belgio, la giurisprudenza dell'Alta Corte si è costantemente pronunciata nel senso favorevole adottando una forma di ragionamento analoga a quella così in uso presso di noi. Essa infatti dall'art. 9 della legge 15 maggio 1829, per cui « il diritto civile del Regno è lo stesso per gli stranieri e per gli olandesi, tranne che la legge non ordini espressamente il contrario », trae la conseguenza che la capacità di stare in giudizio essendo compresa nel diritto civile deve ritenersi identica, salva espressa deroga legislativa, per i nazionali e per gli stranieri ([2]).

In Germania tutto il diritto processuale poggia

gique sont régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux) toglie che davanti ai tribunali dei due paesi possano più sollevarsi dai rispettivi cittadini eccezioni d'incompetenza fondate sulla nazionalità.

([1]) Meili, op. cit. I, 69.

([2]) Vedi Hingst, La jurisprudence des Cours des Pays-Bas en matière de droit international, in *Revue de droit international* 1882 pag. 414-434 e la recente sentenza 21 giugno 1901 della Cassazione in *Journal* 1903, pag. 213-4.

fondamentalmente sull' eguaglianza dei cittadini e degli stranieri, la quale è esplicitamente confermata dal § 4 del *Konkursordnung* del 10 febbraio 1877, per cui *Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich* (1). Ciononostante vi sono numerosi trattati, che sulla base della reciprocità assicurano agli stranieri in Germania una completa protezione giuridica e una perfetta eguaglianza di diritti coi cittadini nei rapporti processuali (2).

Secondo il v. Canstein il diritto d'agire degli stranieri in Austria risulta dal § 51 del *Konkursordnung* del 25 dicembre 1868, il quale parla soltanto delle azioni di stranieri in un fallimento aperto in Austria (3), ma senza dubbio ha un valore generale perchè conforme interamente al senso e allo spirito delle leggi austriache (4).

(1) LESKE u. LOEWENFELD I, 732 e 733 n. 4.

(2) Una lunga enumerazione di questi trattati e un particolareggiato esame delle clausole in essi contenute è in LESKE u. LOEWENFELD I, 738-746.

(3) Il citato § 51 dispone che in mancanza di trattati internazionali sull' argomento deve osservarsi come principio fondamentale questo, che gli stranieri hanno nel concorso fallimentare gli stessi diritti che i cittadini, se questi nello Stato al quale gli stranieri appartengono hanno nel fallimento gli stessi diritti dei cittadini locali.

(4) v. CANSTEIN in LESKE u. LOEWENFELD I, 415-6. La Corte Suprema con sentenza 12 marzo 1890 pronunciò che il Cod. civ. gen. austriaco dichiara formalmente l' ugua-

Accanto al principio generale vi sono in vari trattati internazionali disposizioni speciali, che accordano esplicitamente ai cittadini delle Parti contraenti il diritto di comparire « vor Gericht als Kläger und Geklagter » (1).

In Svizzera secondo la giurisprudenza costante e le uniformi opinioni dottrinali le porte dei tribunali sono aperte ad ogni straniero (2). Il Meili riferisce una decisione del Bundesgericht, che deduce tale principio dal riconoscimento voluto dal diritto internazionale della subbiettività giuridica degli stranieri e dal conseguente bisogno che eguale sia per questi come per i cittadini la forma di protezione giuridica (3).

In Russia la liberale dottrina, che vuole la protezione giuridica dovuta a chiunque vi faccia appello senza distinzione di nazionalità (4), è positivamente fondata sull'art. 224 del Cod. di proc. civ., donde risulta il diritto degli stranieri di

glianza davanti alla giustizia degli stranieri e degli indigeni, onde non si potrebbe senza violare tale principio far dipendere dalla nazionalità dell'attore il diritto di rivolgersi ad un tribunale austriaco (*Revue pratique de droit intern. privé* vol. I, 1890-91, pag. 81).

(1) Leske u. Loewenfeld I, 417 e III parte 1ª pag. 71-2.

(2) Meili, Das internat. Civil-und Handelsrecht vol. I, pag. 70.

(3) Meili, op. e vol. cit. pag. 135.

(4) de Martens, Traité de droit international, trad. par Léo, vol II, pag. 488.

agire in giudizio sia contro altri stranieri che contro cittadini russi e il conseguente obbligo dei tribunali di esercitare la loro giurisdizione su tutte le azioni esperite da stranieri secondo le norme stesse che valgono per i nazionali [1].

Nella dottrina e nella pratica anglo-americana è costante e indiscusso il principio che gli stranieri hanno il diritto di ricorrere liberamente ai tribunali in tutte le materie, che secondo le regole normali valevoli per i cittadini sono sottoposte alla giurisdizione dei tribunali stessi [2].

[1] LESKE u. LOEWENFELD II, 592. L'art. 224 del Cod. proc. civ. russo è del seguente tenore: « Les procès des étrangers résidant en Russie, soit entre eux seuls, soit entre eux et les Russes, sont du ressort des institutions judiciaires russes, conformément aux lois générales sur la compétence ». Cfr. anche BARKOWSKI, Du droit pour les étrangers d'ester en justice devant les tribunaux russes, in *Journal* 1887, pag. 169-171.

[2] DUDLEY FIELD, Outlines of an internationale code art. 621; PHILLIMORE, Commentaries upon international law 3ª ediz. vol. IV § 889; WHARTON, A treatise on the conflict of laws 2ª ediz. §§ 705 e 744; DICEY-MOORE, op. cit. pag. 222-3 e 231. La sola eccezione che si faccia, tanto in Inghilterra che negli Stati Uniti di America, è quella che si riferisce allo *straniero nemico* (comprendendosi in questo termine ogni suddito britannico — o americano — oppure cittadino di uno Stato neutrale, che volontariamente risieda in un paese nemico durante una guerra coll'Inghilterra — o cogli Stati Uniti), il quale salvo il caso di speciale licenza o protezione non può durante la guerra intentare alcuna azione per quanto possa, se convenuto, difendersi (DICEY-MOORE op. cit. pag. 223 e 232).

In Spagna il diritto degli stranieri di agire in giudizio viene dedotto dall'art. 27 del Cod. civ., per cui « gli stranieri godono in Spagna dei diritti che la legge civile concede agli Spagnuoli, salvo il disposto dell'art. 2 della Costituzione o di trattati internazionali » e dall'art. 51 del Cod. proc. civ. del 1881, per cui « la giurisdizione ordinaria sarà l'unica competente per conoscere delle controversie civili, che sorgono nel territorio spagnuolo fra spagnuoli, fra stranieri e fra spagnuoli e stranieri [1] ». Anche la Spagna del resto ha molti trattati, che contengono la clausola di *libre accès* davanti ai tribunali e sanciscono l'obbligo reciproco di protezione giudiziaria [2].

Nel Portogallo la capacità di agire davanti ai tribunali è riconosciuta agli stranieri espressamente dagli art. 25 e 29 del Cod. civ. del 1 luglio 1867 e dall'art. 5 del Cod. di com. del 28 giugno 1888 indipendentemente da trattati e dal presupposto di reciprocità [3].

In Grecia la base legislativa del diritto d'agire rispetto agli stranieri sta nell'art. 13 del Cod. civ. del 27 ottobre 1856, il quale accorda agli stranieri eguali diritti che ai nazionali salvo diversa

(1) Leske u. Loewenfeld I, 633-4.
(2) Leske u. Loewenfeld I, 635-6.
(3) Leske u. Loewenfeld I, 657-8.

esplicita disposizione di legge. I trattati di *libre accès* davanti ai tribunali rendono questi ultimi competenti anche nelle azioni fra stranieri ed in genere fanno estendere agli stranieri i privilegi processuali dei cittadini (1).

Il principio di massima favorevole non soffre dubbio anche in Danimarca, nella Norvegia, in Rumania, nel Montenegro e in Turchia, nei quali Stati esso si deduce dalla posizione giuridica generale degli stranieri (2); in Serbia, dove esso ha una particolare applicazione alla materia del fallimento, rispetto al quale i creditori stranieri hanno uguali diritti dei cittadini a condizione tuttavia di dimostrata reciprocità (3); in Bulgaria, dove trova una base legislativa nell' art. 170 del Cod. proc. civ. per il quale « i processi fra stranieri o fra stranieri e bulgari sono trattati e decisi secondo le leggi interne, in quanto queste non siano cambiate per mezzo delle Capitolazioni » (4).

9. — Il diritto d' azione, che è, come abbiamo visto, generalmente riconosciuto agli stranieri,

(1) LESKE u. LOEWENFELD II, 16-18.

(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 795 nota 2, 136, 324 e 330, 363 nota 2 e 417. Quanto alla Rumania vedi anche la sentenza 9 maggio 1901 della Corte di app. di Bucharest in *Journal* 1903 pag. 927.

(3) LESKE u. LOEWENFELD II, 229-230.

(4) LESKE u. LOEWENFELD II, 245.

riceve nel suo esercizio una grave limitazione nella *cautio judicatum solvi*, che è stata sino ai nostri giorni il più importante e speciale presupposto, perchè s' istituisse un rapporto giuridico processuale di cui una parte, l' attore, fosse straniera [1]. Di essa andremo esponendo brevemente lo stato nel diritto positivo, legislativo e convenzionale, dei diversi paesi prima di elevarci ad alcune considerazioni generali [2].

a) In Francia, dove l' istituto ha una storia antica e laboriosa [3] e un ordinamento attuale

[1] Cfr. Bülow, Die Lehre von den Processeinreden pag. 5; e Schmidt, op. cit. pag. 802-3.

[2] Notizie riguardanti lo stato della *cautio judicatum solvi* nelle varie legislazioni e nel diritto convenzionale possono trovarsi, oltre che nell' opera fondamentale di Leske u. Loewenfeld, in Esperson op. cit. §§ 197-207 pag. 305-311; Drucker, De la caution *judicatum solvi* en Allemagne, in *Journal* 1893 pag. 310-318; Koppers, Zusammenstellung der in den einzelnen ausländischen Staaten geltenden Bestimmungen über die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, über Gewährung des Armensrechts an Ausländer und Vollstreckung ausländischer Civilurteile, Berlin, 1891; Baisini, Studi di diritto civile internazionale, Milano 1892, pag. 85-123; Brunet op. cit. pag. 45-168; Actes de la deuxième Conférence de la Haye chargée de réglement diverses matières de droit international privé 1894, pag. 103-7; Meili, Das intern. Civilprozessrecht vol. I pag. 96-104.

[3] Vedi Trochon op. cit. pag. 68-73 e Brunet op. cit. pag. 18-43.

fecondo di gravi e complesse questioni [1], la *cautio judicatum solvi* è legislativamente fondata sull'art. 16 del Codice Napoleone e sugli art. 166 e 167 del Codice di proc. civ., per i quali lo straniero attore principale o interveniente su domanda del convenuto è tenuto a prestare la cauzione per il pagamento delle spese e dei danni interessi risultanti dal processo, salvo che non possieda in Francia degli immobili di un valore sufficiente per assicurare tale pagamento. L'art. 423 del Cod. di proc. civ., che in conformità all'art. 16 del Cod. civ. e alle tradizioni dell'antico diritto francese esentava dalla *cautio* in materia commerciale, fu abrogato dalla legge del 5 marzo 1895, che la estese anche a quest'ultima materia [2].

Il diritto di esigere la *cautio* spetta al convenuto francese e allo straniero che goda in Francia dei diritti civili o per effetto della autorizzazione a domicilio [3] o in virtù di trattato; non invece allo straniero puro e semplice, sia perchè il diritto

[1] TROCHON op. cit. pag. 224-244 e 281-286; GARSONNET, op. cit. vol. II §§ 765-768 pag. 587-598; LACHAU op. cit. pag. 184-195 e 326-332; BEAUCHET in LESKE u. LOEWENFELD I, 540-551; BRUNET op. cit. pag. 45-52.

[2] Sulla legge 5 marzo 1895 vedi l'art. del SURVILLE in *Revue politique et parlamentaire* 1895 pag. 334 e l'altro dello CHAMPCOMMUNAL in *Annales de droit comm.* 1895, pag. 313-7.

[3] Vedi da ultimo app. Parigi 16 aprile 1902 in *Journal* 1903 pag. 608.

di richiedere la *cautio* nella distinzione tradizionale, a cui già accennammo, viene ascritto fra i diritti civili, sia perchè lo scopo fondamentale e storico dell' istituto è quello di proteggere il nazionale contro le istanze temerarie degli stranieri. L' eccezione della *cautio*, essendo introdotta soltanto nell' interesse privato del convenuto, è opponibile soltanto *in limine litis* e deve essere proposta prima di qualunque altra eccezione, compresa quella d' incompetenza.

L' obbligo di prestare la *cautio* s' impone a chiunque sia straniero nel momento in cui intenta l' azione. Ne è esente lo straniero ammesso a domicilio (considerandosi il diritto di stare liberamente in giudizio come un diritto civile) o favorito da speciali stipulazioni convenzionali. Vi sono parecchi trattati, che hanno per oggetto speciale ed espresso la dispensa dalla *cautio;* ma il più spesso la giurisprudenza è chiamata a decidere se tale dispensa sia implicitamente contenuta in clausole generali di trattati, che hanno diverso oggetto. E ad onor del vero bisogna dire che i magistrati francesi si sono mostrati molto larghi nel procedere a tale opera di interpretazione. Così è opinione costante, che i trattati che contengono la clausola di *libre et facile accès* presso i tribunali francesi importino la dispensa dalla *cautio;* poichè questa costituisce un ostacolo all' esercizio dell' azione, è evidente che la libertà

d' accesso ai tribunali debba sopprimere l' ostacolo. Quanto ai trattati che contengono la clausola della nazione più favorita, la più recente giurisprudenza distingue a seconda che la clausola abbia una applicazione determinata e quindi una portata speciale oppure regoli in modo generale la condizione degli stranieri; e solo in questo secondo caso accorda l' esenzione. È infine opinione dominante che quest' ultima non derivi nè dai trattati, che accordano l' assistenza giudiziaria puramente e semplicemente, nè da quelli che autorizzano l' esecuzione in Francia delle sentenze straniere.

La più antica convenzione stipulata dalla Francia circa la dispensa dalla *cautio* è quella del 24 marzo 1760 col Regno di Sardegna, che si ritiene abbia retto finora i rapporti fra la Francia e l' Italia, tanto più che una dichiarazione diplomatica del 18 settembre 1860 illustrò alcune disposizioni dell' art. 22 della convenzione del 1760, che è precisamente quello che dispensa reciprocamente i cittadini dei due Stati contraenti dal fornire la *cautio*. È anche da ricordare l' art. 3 della convenzione 19 febbraio 1870, che regolando nei rapporti dei due Stati l' assistenza giudiziaria, stabilisce come conseguenza di quest' ultima l' esenzione dalla *cautio*.

Sia per effetto di espresse disposizioni convenzionali, sia per virtù d' interpretazione di clau-

sole di trattati generali, oggi in Francia quasi tutti gli stranieri sono esenti dalla *cautio;* fanno eccezione soltanto gl' inglesi e i sudditi degli Stati Uniti d' America.

b) Nel Lussemburgo sono ancora quanto alla *cautio actoria* completamente in vigore l' art. 16 del Codice Napoleone e gli art. 166, 167 e 423 del Cod. proc. civ. francese. Vige dunque nel principato il sistema francese colla sola differenza che in esso è rimasta l' esenzione in materia commerciale (1).

c) Nel Belgio la disposizione dell' art. 16 del Codice Napoleone ancora vigente in quel paese fu modificata dalla legge 25 agosto 1885. Il progetto di revisione del Codice di procedura civile accogliendo i voti unanimi della dottrina sopprime la *cautio;* la quale poi in fatto non esiste che per un numero limitatissimo di stranieri dato il gran numero di convenzioni, donde si trae la dispensa (2).

d) In Olanda secondo l' art. 152 del Cod. proc. civ., rivisto con legge del 7 luglio 1896 ed in vigore dall' 1° gennaio 1897 (3), gli stranieri attori devono su domanda del convenuto pre-

(1) Leske u. Loewenfeld, I, 515-8.

(2) Leske u. Loewenfeld, I, 551-2.

(3) Vedi Pussemier in *Ann. de lég. étr.* 1897 vol. XXVI pag. 521 e segg.

prestargli garanzia per le spese del processo. L'ammontare della cauzione è determinata dal tribunale e la sua prestazione segue di regola mediante deposito della somma fissata nella cassa dello Stato in contanti o, nel caso che lo straniero possegga in Olanda beni immobili di valore sufficiente, mediante iscrizione ipotecaria. Un caso singolare di dispensa è quello contemplato dalla legge 15 luglio 1869 a favore degli emigrati stranieri [1]. L'esenzione dalla *cautio* risulta anche da molti trattati internazionali [2].

e) In Germania il § 110 del C. P. O. del 1898 [3] dispone che l'attore straniero su domanda del convenuto deve prestare la cauzione per garanzia delle spese del processo, tranne i cinque casi seguenti:

1.° quando secondo le leggi dello Stato a cui lo straniero appartiene un tedesco non è nello stesso caso obbligato a fornire la *cautio;*

2.° nelle procedure su titoli o lettere di cambio;

3.° nelle domande riconvenzionali;

(1) Leske u. Loewenfeld vol. III, parte 1ª pag. 372.

(2) Leske u. Loewenfeld I, 505-6.

(3) Vedi Schmidt op. cit. pag. 905-6 e Bunsen op. cit. pag. 184-5. Per le disposizioni contenute nel C. P. O. precedente a quello del 1898, e identiche del resto a quelle attualmente in vigore, vedi von Bar vol. II, pag. 392-4 e Leske u. Loewenfeld I, 29-30 e 750-764 e II, 1003-5 e 1048-49, ove sono molte indicazioni bibliografiche, dottrinali e pratiche.

4.° nelle azioni intentate in seguito ad un' intimazione pubblica;

5.° nelle azioni aventi per oggetto dei diritti iscritti nel registro fondiario.

Secondo il § 111 il convenuto può esigere la *cautio* anche quando in corso della contestazione l'attore perde la qualità di tedesco o viene a cessare la causa, per la quale lo straniero era dispensato e la parte della pretesa dell'attore, che non è contestata, non basta per garantire il convenuto.

La *cautio* dunque è sempre dovuta tranne il caso di reciprocità legislativa e certi altri casi tassativamente enunciati, nei quali la pretesa dell'attore si presume fondata. La dispensa inoltre risulta esplicitamente da speciali disposizioni convenzionali [1] e implicitamente dall' ammissione all' assistenza giudiziaria, per la quale occorre la reciprocità (§ 114).

f) In Austria in base alle disposizioni del C. P. O. del 1895 gli stranieri (non gli austriaci domiciliati all' estero) e le società commerciali straniere, che non hanno alcuna rappresentanza in Austria, facendosi attori o intervenienti principali devono di regola prestare al convenuto (anche se straniero) su sua richiesta cauzione per l' eventuale pagamento delle spese.

[1] Leske u. Loewenfeld I, 764-773.

Quanto alle persone giuridiche e società commerciali straniere la giurisprudenza dell' Alta Corte determina l' obbligo della cauzione in base alla loro sede all' estero e non alla cittadinanza delle persone che ne fanno parte. Il § 58 riproduce esattamente la disposizione del citato § 111 del C. P. O. germanico [1].

Le eccezioni all' obbligo di fornire la *cautio* sono molteplici. Alcune si riferiscono alla particolare natura di certe azioni precisamente determinate (§ 57 n. 3 e 4 C. P. O.), non diversamente da quanto abbiamo già riscontrato in Germania. Altre sono fondate sulla reciprocità convenzionale o legislativa (§ 57, 1ª parte e n. 1); sul possesso in Austria da parte dell' attore di beni sufficienti (immobili o crediti) per coprire le spese del processo (§ 57 n. 2); sull' ammissione dell' attore al gratuito patrocinio (§ 64 n. 2); sul giuramento prestato dall' attore di essere nella impossibilità di fornire la somma di garanzia ri-

[1] LESKE u. LOEWENFELD vol. III, parte 1,ª pag. 107-113 e WALKER op. cit. pag. 68-76. Circa le disposizioni legislative precedentemente in vigore vedi, oltre LESKE u. LOEWENFELD I, 418-422, VESQUE VON PÜTTLINGEN, Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, Zweite Auflage, Wien 1878 pag. 405 e segg.; e JETTEL, Handbuch des internationalen Privat-und Strafrechts mit Rücksichts auf die Gesetzgebungen Oesterreichs, Ungarn, Croatiens und Bosniens, Wien 1893 pag. 122.

chiesta dal convenuto (*Paupertätseid*), giuramento che può prestarsi anche davanti al tribunale straniero del luogo di residenza o domicilio dell' attore (§ 60).

g) In Ungheria una legge 28 giugno 1893 sul processo sommario (§ 9-12) introdusse la cauzione — fino allora sconosciuta — per le spese e i danni eccetto il caso che l' attore sia tale per pubblica intimazione, che si tratti di azione riconvenzionale o che sia stabilita la reciprocità (1).

h) In Svizzera (2) l' art. 213 della legge 22 marzo 1893 sull' organizzazione della giustizia federale impone l' obligo della cauzione alla parte che non ha domicilio fisso in Svizzera. Quanto ai tribunali cantonali dispongono le leggi dei diversi Cantoni, alcune delle quali non parlano affatto della *cautio actoria*, mentre altre la prevedono e la disciplinano minutamente. Così secondo i Codici di procedura civile dei cantoni di Aargau (art. 390), Basel-Stadt (art. 44), Basel-Land (art. 68), Bern (art. 49), Freiburg (art. 76), Genf (art. 63), Luzern (art. 277), Neuenberg (art. 104), St. Gallen (art. 50), Schaffausen (art. 143), Schwyz (art. 62), Solothurn (art. 12), Turgau (art. 101), Uri (art. 30), Unterwalden ob dem Wald (art. 21), Waadt (art. 84), Zürich (art. 265) deve dare cauzione

(1) LESKE u. LOEWENFELD I, 456.
(2) LESKE u. LOEWENFELD I, 472-4.

l'attore, nazionale o straniero, che non sia domiciliato nel cantone. Queste leggi poi variano fra di loro circa l'oggetto della cauzione (solo spese del processo o anche danni), circa la determinazione del suo ammontare e il modo di prestazione e infine circa le cause di dispensa (per es. secondo l'art. 64 del Cod. proc. civ. ginevrino si ha dispensa in caso di reciprocità e nel caso che l'attore possieda nel cantone beni immobili di valore sufficiente).

Sull'esenzione dalla *cautio* esistono in Svizzera ben poche disposizioni convenzionali; e poichè in tutti i cantoni dove esso esiste, l'obligo incombe non allo straniero come tale, ma all'attore in quanto è domiciliato all'estero, ossia altrove che nello Stato dove si svolge il processo, così esso non è tolto dal principio di eguaglianza fra stranieri e cittadini davanti ai tribunali fissato nei trattati di stabilimento [1]. L'esenzione tuttavia si ritiene risulti dall'ammissione dello straniero attore al gratuito patrocinio o per effetto di disposizione legislativa, come avviene in qualche cantone, o per effetto di trattati stipulati dalla Confederazione [2].

[1] Cfr. Roguin, Conflit des lois suisses en matière internationale et intercantonale 1891, pag. 854; Meili op. cit. vol. I pag. 100.

[2] Leske u. Loewenfeld I, 476.

i) In Russia ([1]) la *cautio* è dovuta dallo straniero attore per le spese e i danni (Cod. proc. civ. art. 571 capov. 5); nonostante qualche divergenza dottrinale si ritiene che possa richiederla tanto il convenuto nazionale che quello straniero. Sono dispensati gli stranieri, che si trovano al servizio del governo imperiale e quelli che posseggono in Russia beni immobili; sono invece soggetti come gli altri gli stranieri ammessi al gratuito patrocinio, il quale così rispetto ai poveri stranieri rimane in gran parte illusorio.

L' esenzione dalla *cautio* contenuta nell' art. 2 al. 3° del trattato di commercio fra la Russia e la Germania del 29 gennaio - 10 febbraio 1894 si estende ai cittadini di tutti gli Stati, che godono della clausola della nazione più favorita; per gli altri stranieri rimane interamente in vigore il citato art. 571 Cod. proc. civ.

In Finlandia ([2]) gli stranieri non sono obbligati a prestare cauzione in misura maggiore dei cittadini.

l) Nella Svezia una legge speciale del 19 novembre 1886 autorizza il convenuto nazionale a richiedere dall' attore straniero cauzione per le spese e gli eventuali danni derivanti dal processo

([1]) Leske u. Loewenfeld II, 612-4 e 1063-4; *Journal* 1903 pag 691; e *Zeitschrift für internat. Priv.-und öff. Recht* 1904 pag. 55.

([2]) Leske u. Loewenfeld II, 521.

tranne i casi di azione riconvenzionale, di azione cambiaria o di azione intentata in seguito ad una citazione personale giudizialmente ordinata (§ 1); tranne infine il caso di reciprocità convenzionale (§ 3) (1).

m) In Inghilterra (2) la *cautio*, che è destinata a garantire soltanto le spese del giudizio, si richiede da ogni attore, nazionale o straniero, che risiede all'estero, poco importando che possieda o no in Inghilterra immobili di valore sufficiente. L'attore che è domiciliato nel paese è sempre dispensato, sia esso straniero o nazionale.

Nelle Indie Inglesi (3) la cauzione è dovuta dall'attore che risiede fuori del territorio e non possiede colà immobili di valore conveniente secondo le circostanze.

n) Negli Stati Uniti d'America l'attore, il cui domicilio non è nello Stato dove si svolge il processo, sia questo uno Stato straniero o uno Stato dell' Unione, deve a richiesta del convenuto prestare una cauzione, il cui montante è fissato a 250 dollari (4).

o) In Ispagna secondo l'art. 534 del Cod. di proc. civ. lo straniero attore è soggetto alla *cau-*

(1) LESKE u. LOEWENFELD II, 467.

(2) LESKE u. LOEWENFELD I, 671-9 e WHARTON op. cit. § 732.

(3) LESKE u. LOEWENFELD I, 351.

(4) Vedi COUDERT in *Journal*, 1879 pag. 27.

tio negli stessi casi e nella forma, in cui vi sono soggetti gli Spagnuoli nel paese al quale l'attore appartiene [1].

p) In Rumania gli attori o intervenienti stranieri non domiciliati nel Regno devono su richiesta del convenuto nazionale o almeno domiciliato nel paese la *cautio* per le spese e per i danni. Le eccezioni si riferiscono alla materia commerciale e al caso che lo straniero possegga in Rumania beni fondiari, il cui valore sia sufficiente per garantire il pagamento delle spese e dei danni (art. 15 cod. civ. e 106 e 107 Cod. proc. civ.) [2].

q) In Serbia la legge 5 marzo 1851 determina per gli attori stranieri l'obbligo della *cautio* per il pagamento delle spese del processo. Tale disposizione non fu abolita da alcuna legge più recente, ma effettivamente nella pratica giudiziaria non viene più osservata. È certo poi che essa non deve venire osservata in confronto di molti stranieri appartenenti a Stati, che hanno stipulato colla Serbia accordi internazionali [3].

(1) Sull'interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza spagnuola danno a questo sistema di reciprocità legislativa vedi LESKE u. LOEWENFELD I, 636-7.

(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 136-7 e SULIOTIS in *Journal* 1887 pag. 566-7.

(3) LESKE u. LOEWENFELD II, 224 e PAVLOVITCH in *Journal* 1884 pag. 147-8.

r) In Bulgaria è fissata la *cautio* per le spese e i danni eccetto che l'attore straniero possieda nel territorio del Principato beni immobili (art. 520 capov. 4 Cod. proc. civ.). L'obbligo esiste per tutte le azioni e non viene praticata la reciprocità [1].

s) In Grecia l'attore straniero su domanda del convenuto deve prestare la *cautio* per le spese e i danni (art. 78 Cod. proc. civ.). Tale obbligo cessa: 1° se lo straniero possiede nel territorio del Regno immobili di valore sufficiente; 2° se la parte del credito non contestata è sufficiente per garantire il pagamento delle spese e dei danni interessi; 3° quando si tratta di materia commerciale. L'art. 79 Cod. proc. civ., donde risultano queste eccezioni, fa la riserva delle speciali disposizioni convenzionali. La giurisprudenza ritiene in proposito che le clausole convenzionali del libero accesso ai tribunali e dell'eguaglianza dei diritti coi cittadini importano esenzione dalla *cautio* [2].

t) Nel Brasile l'attore, nazionale o straniero, che risiede fuori del territorio dello Stato, è obbligato alla cauzione anche se ivi possegga beni immobili. L'obbligo cessa per dimostrata povertà

(1) LESKE u. LOEWENFELD II, 252 e *Zeischrift für internat. Privat-und Strafrecht* vol. I pag. 525.
(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 26-8.

e quando si tratti di distrazione di beni nelle espropriazioni o della esecuzione di un titolo parato ([1]).

u) Nel Perù l'art. 153 Cod. proc. civ. obbliga alla cauzione *de resultas* lo straniero attore non domiciliato o che non abbia beni conosciuti. E possono esigerla tutti i convenuti, siano essi peruniani o stranieri, per garantirsi delle spese del processo e dei danni interessi ([2]).

v) Nell'Argentina anche i cittadini sono in certi casi soggetti alla cauzione, ma gli stranieri vi sono soggetti sempre, qualunque sia la loro residenza.

I soli Stati, dove la *cautio judicatum solvi* non esista affatto, sono l'Italia ([3]), la Danimar-

([1]) Vedi *Ann. de lég. étr.* 1878 pag. 751 nota 2 e *Journal* 1880 pag. 515.

([2]) Pradier-Fodéré in *Journal* 1878 pag. 584.

([3]) Vedi in Catellani op. cit. 1ª ediz. vol. II pag. 227-8; in Esperson op. cit. pag. 311-312 e in Leske u. Loewenfeld I, 604-7 l'enumerazione dei trattati conclusi dal nostro governo, donde risulta per gli attori italiani all'estero la dispensa dall'obbligo di prestare la *cautio judicatum solvi.* Fra tali disposizioni convenzionali può apparire lecito il domandare qual valore possa avere quella contenuta nell'art. 3 della convenzione 25 marzo 1883 colla Danimarca, quando la cauzione, da cui per essa vengono dispensati i cittadini rispettivi, non esiste in nessuno dei due Stati contraenti!

ca [1], e la Norvegia [2], il Portogallo [3], la Bosnia e l'Erzegovina [4], la Croazia e la Slavonia [5], il Montenegro [6], la Turchia [7], l'Egitto e il Congo.

Dalla nostra rapida rassegna risulta l'estrema difficoltà di fare un quadro completo della condizione attuale degli stranieri dal punto di vista della *cautio judicatum solvi*, tanto notevole è la complicazione delle leggi e dei trattati e così disparato e incerto il regime esistente in uno stesso paese per effetto delle varie interpretazioni giudiziali delle clausole generali o speciali dei trattati. Ma la varietà dei mezzi usati dai singoli legislatori lascia inalterato nella sua unicità lo scopo, che è dovunque quello di proteggere i nazionali contro le domande infondate di stranieri e di coprire quindi le spese del processo e i danni interessi che possono risultarne. Si è considerato che il convenuto nazionale di fronte all'attore straniero si trova in una particolare condizione svantaggiosa, in quanto quest'ultimo può facil-

(1)-(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 819-820. Tanto in Danimarca che in Norvegia l'avvocato che spontaneamente rappresenta uno straniero davanti l'Alta Corte garantisce per le spese del processo e per le multe.

(3) LESKE u. LOEWENFELD I, 658.

(4) LESKE u. LOEWENFELD I, 420.

(5) LESKE u. LOEWENFELD I, 914.

(6) LESKE u. LOEWENFELD II, 332.

(7) LESKE u. LOEWENFELD I, 768-9 in nota 7 e II, 368.

mente sottrarsi alla conseguenza della vittoria giudiziale riportata dal primo; e in ciò si è senz'altro ravvisata la ragione sufficiente per lo stabilimento di una garanzia preventiva. Ma le ragioni contrarie sono così forti che ben presto la dottrina potè trasfondere nei governi la propria convinzione assoluta nella assurdità e negli inconvenienti del sistema [1]. Per quest'opera di persuasione è altamente benemerito l'Asser, che già nella prima sessione tenuta all'Aia nel 1874 era riuscito a fare approvare dall' Istituto di diritto internazionale un suo progetto sull' abolizione della *cautio* [2]. Fin da allora egli aveva posto bene in luce qual gran impaccio la cauzione porti al libero esercizio del diritto di stare in giudizio, sia a causa del deposito di denaro che richiede, sia a causa delle lentezze e dei cavilli che esso provoca.

L' attore straniero incontra già nella sua via una tal folla d' ostacoli derivanti dalla lontananza, dalla mancanza di relazione con un uomo di legge del paese dove vuol litigare, dalle differenze di

[1] Ben pochi scrittori oggi sostengono ancora la *cautio*. Fra questi è anzitutto da ricordare il von Bar, op. cit. vol. I, n° 95 pag. 282 e vol. II, n° 403 pag. 391; poi il Brunet op. cit. pag. 182-4 e il Pillet op. cit pag 237.

[2] *Annuaire de l' Institut de droit international* 1878 pag. 44 e *Revue de droit international* 1874 pag. 583-4 e 611.

lingua, di abitudini, di organizzazione giudiziaria e in genere di legislazione, che volervi aggiungere anche quello della cauzione è commettere una patente ingiustizia. È ben vero che un nazionale attaccato in giudizio da uno straniero insolvente può, anche guadagnando la lite, soffrire danno perchè il suo avversario condannato alle spese non è in grado di pagare; ma ciò può egualmente prodursi anche quando l'attore è nazionale. Soltanto giustificato appare il timore che l'attore straniero, possedendo beni soltanto nel suo paese, possa troppo facilmente sottrarsi al pagamento delle spese del processo; l'inconveniente è reale e concorre a determinarlo la difficoltà d'esecuzione delle sentenze straniere. Onde l'Asser proponeva che accanto all'abolizione della *cautio judicatum solvi* si determinasse la forza esecutiva nel paese dell'attore della sentenza pronunciata contro di lui per spese e danni interessi (1).

(1) Che le difficoltà per l'esecuzione delle sentenze straniere appariscano agli Stati come il motivo dominante pel mantenimento della *cautio judicatum solvi*, risulta manifesto da due notevoli atti internazionali. L'art. 36 della convenzione per la navigazione del Reno del 17 ottobre 1868 dispone che non può esigersi alcuna cauzione a causa della loro nazionalità dagli stranieri litiganti davanti ai tribunali della navigazione del Reno. Analogamente la convenzione di Berna per il trasporto internazionale delle merci per ferrovia, conclusa il 14 ottobre 1890 fra Germania, Austria, Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo, Olanda, Russia e Sviz-

Il lavoro fatto per l' Istituto di diritto internazionale fu dall' Asser riprodotto in una memoria e in due *avant-projets* presentati alla Conferenza dell' Aja del 1894 ([1]), la quale ne fece la base dei suoi lavori ([2]) arrivati felicemente a termine colla posizione di alcune norme, che sono ora contenute negli art. 11, 12 e 13 della convenzione per la procedura civile stipulata all' Aia il 14 novembre 1896 e nel protocollo addizionale del 22 maggio 1897, che forma parte integrante della convenzione stessa. Gli Stati stipulanti furono i seguenti: Belgio, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo e Svizzera. Ad essi poi si unirono per effetto di successive adesioni avvenute durante l' anno 1897 la Svezia e Nor-

zera, stabilisce all' art. 56 che la *cautio judicatum solvi* non può esigersi in occasione di azioni giudiziarie fondate sul contratto di trasporto internazionale. Ed entrambe le convenzioni dichiarano le sentenze rese nei processi di cui si tratta esecutive in tutti gli Stati contraenti.

L' Associazione letteraria ed artistica internazionale in vari congressi ebbe a ripetere il voto che nei rapporti fra gli Stati contraenti della convenzione di Berna del 1883 si abolisse la *cautio* nelle contestazioni relative alla proprietà letteraria ed artistica colla riserva della esecutorietà da accordare alle sentenze di condanna alle spese e ai danni interessi in tutti gli Stati aderenti all' Unione (vedi Poinsard op. cit. pag. 178-9).

([1]) Actes citati pag. 23-25, 27, 29.

([2]) Actes citati pag. 89-91 e 103-107.

vegia, la Germania, l'Austria-Ungheria, la Danimarca, la Rumania e la Russia ([1]).

Nei rapporti fra questi Stati dunque rimane abolita la cauzione motivata dalla nazionalità straniera o dal domicilio o dalla residenza all'estero dell'attore; ma gli stranieri continueranno a dover prestare la garanzia, che secondo la legge del luogo del processo sia richiesta anche ai nazionali a causa della mancanza di solvibilità. Parve alla Conferenza dell'Aia che colla soppressione anche di questa seconda specie di cauzione si sarebbe penetrati troppo nella legislazione interna degli Stati contraenti, imponendo loro in favore degli stranieri l'abolizione radicale della *cautio* per le spese del processo, mentre i loro nazionali vi rimarrebbero sottoposti per mancanza

([1]) La convenzione 14 nov. 1896 - 22 maggio 1897, ratificata all'Aia il 17 aprile 1899, fu pubblicata e resa esecutiva in Italia con R. D. 14 maggio 1899 n° 186. Gli articoli relativi alla *cautio judicatum solvi* sono del seguente tenore:

Art. 11. — Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposée, à raison soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractans, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.

Art. 12. — Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des États contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution ou du dépôt, en vertu soit de l'article 11, soit de la loi de l'État où l'action est intentée, seront rendues exécutoires dans

di solvibilità. Si noti tuttavia che anche colla norma adottata si ha in qualche caso il risultato di porre gli stranieri in condizione più favorevole dei nazionali; infatti la soppressione della *cautio* fondata sul domicilio all' estero avvantaggia soltanto l' attore straniero, salvo la conseguente modificazione della legge interna che estenda il beneficio anche al cittadino [1].

chacun des autres États contractants par l' autorité compétente, d' après la loi du pays.

Art. 13. — L' autorité compétente se bornera à examiner:

1° si, d' après la loi du pays où la condamnation a été prononcée, l' expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

2° si, d' après la même loi, la décision est passée en force de chose jugée.

All' art. 11 va aggiunta la disposizione seguente, che fu introdotta nella convenzione col protocollo del 1897: « Il demeure bien entendu que les nationaux d' un des États contractants qui aurait conclu avec un autre de ces États une convention spéciale, d' après laquelle une condition de domicile contenue dans l' art. 11, ne fût pas requise, seront, dans le cas prévus par cette convention spéciale, dispensés, dans l' État où elle a été passée, du cautionnement et du dépôt mentionnés à l' art. 11, même s' ils n' ont pas leur domicile dans un des États contractants ».

Su tutta quanta la convenzione vedi il commento autorevole dell' Asser, La convention de la Haye du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile 1901, oltre numerosi articoli di rivista citati dal Meili, Das intern. civilprozessrecht I pag. 29 e 32-33.

[1] Vedi il concordato in questo senso stipulato fra vari cantoni svizzeri ed approvato dal Bundesrat in data 5-20 nov. 1903 (Meili op. cit. vol. I pag. 109-110).

La dichiarazione di esecutorietà in ciascuno dei paesi contraenti delle eventuali condanne alle spese pronunciate contro l'attore o l'intervenuto dispensato dalla *cautio* esercita veramente nella decretata abolizione un ufficio essenziale, come quella che è destinata a togliere ogni preoccupazione circa la tutela degl' interessi del convenuto nazionale. La Conferenza dell' Aja vide che al suo progetto si sarebbe potuto muovere il rimprovero teorico di scindere la questione delle spese da quella del capitale stesso della lite e di non trattare più le spese come gli accessori del capitale; ma alla disgiunzione dei due elementi della decisione giudiziaria fu indotta dalla considerazione pratica di ottenere il poco, quando il molto, consistente nella esecuzione integrale delle sentenze, sembra ancora troppo ardito il desiderare.

Contrariamente alle ripetute proposte fatte dall' Asser l'esecutorietà della condanna si limita alle spese (considerandosi compreso sotto quest' espressione generale tutto quello che secondo la legge del paese dove la sentenza fu emanata si comprende nella condanna alle spese del processo) e non si estende ai danni interessi, che trovano la loro causa giuridica nel fatto stesso della domanda in giudizio, non ostante che la *cautio* venga abolita anche per i danni interessi. Questa limitazione è dovuta a motivi di semplice

opportunità. Si temettè che estendendo di troppo l'esecutorietà, che costituisce per gli Stati una innovazione, non si avesse ad impedire ai diversi governi di aderire all'accordo; e si osservò d'altra parte che sono poco numerose le legislazioni che permettono di esigere la *cautio* per i danni interessi e che anche negli Stati, dove esiste questo regime, il montante eventuale dei danni interessi esercita scarsa influenza sulla determinazione della cifra della cauzione.

L'Asser proponeva che l'esecutorietà fosse accordata dall'autorità competente dello Stato a cui lo straniero attore appartiene sotto le condizioni e secondo le forme stabilite dalla legislazione di questo Stato, ma senza revisione del fondo dell'affare. Nel testo che divenne definitivo l'esame dell'autorità incaricata di statuire sull'esecuzione deve restringersi a questi due punti: autenticità del documento prodotto (sufficientemente comprovata dalla legalizzazione, che è il mezzo più usato in pratica a tal uopo) e carattere di cosa giudicata della decisione. Escludendo ogni indagine sulla competenza del tribunale che emanò la sentenza di condanna, la Conferenza dell'Aja aveva osservato che, il solo convenuto possibile contro la domanda di *exequatur* essendo l'attore nel giudizio di merito, non v'è alcun motivo per permettergli di criticare la compe-

tenza di una giurisdizione che egli stesso ha scelto [1].

[1] La quarta Conferenza di diritto internazionale privato tenuta all'Aja dal 16 maggio al 7 giugno 1904 elaborò il *Projet d' une Convention relative à la procédure civile* e destinata a rimpiazzare la convenzione del 1896, alla quale vengono apportate, come dice il preambolo del *Projet*, *les améliorations suggérées par l' experience*. In questo progetto di nuova convenzione la *cautio judicatum solvi* é regolata agli art. 17, 18, 19 (Actes de la quatrième Conférence de la Haye, 1904, pag. 208-9).

L' art. 17 riproduce integralmente la disposizione dell'art. 11 della convenzione del 1896, indi aggiunge:

« La même règle s' applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions par lesquelles des États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile continueront à s' appliquer ».

L' art. 18 sostituisce l' art. 12 della convenzione del 1896 nella forma seguente:

« Les condamnations aux frais et dépens du procès prononcées dans un des États contractants contre le demandeur ou intervenant dispensés de la caution, du dépôt ou du versement en vertu soit de l' art. 17, al. 1 e 2, soit de la loi de l' État où l' action est intentée, seront, sur une demande faite par la voie diplomatique, rendues gratuitement exécutoires par l' autorité compétente dans chacun des autres États contractants.

La même règle s' applique aux décisions judiciaires par lesquelles le montant des frais du procès est fixé ultérieurement.

Les dispositions qui précèdent ne s' opposent pas à ce

10. — È noto come uno dei più importanti presupposti processuali sia il contradittorio delle

que deux États contractants s'entendent pour permettre que la demande d'exequatur soit aussi faite directement par la partie interessée ».

L'art. 19 sostituisce l'art. 13 della convenzione del 1896 nella forma seguente:

« Les décisions relatives aux frais et dépens seront déclarées exécutoires sans entendre les parties, mais sauf récours ultérieur de la partie condamnée, conformément à la législation du pays où l'exécution est poursuivie.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'exequatur se bornera à examiner:

(i n. 1 e 2 riproducono esattamente i n. 1 e 2 dell'art. 13 della convenzione del 1896);

3. si le dispositif de la décision est rédigé soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou bien s'il est accompagné d'une traduction faite dans une de ces langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Pour satisfaire aux conditions prescrites par l'alinéa 2, 1° et 2°, il suffira d'une déclaration de l'autorité compétente de l'État requérant constatant que la décision est passée en force de chose jugée. La compétence de cette autorité sera, sauf entente contraire, certifiée par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans l'État requérant. La déclaration et le certificat dont il vient d'être parlé doivent être rédigés ou traduits conformément à la règle contenue dans l'alinée 2, 3° ».

Il nuovo art. 17 all'ultimo alinea non fa in sostanza che riprodurre l'aggiunta che il protocollo 22 maggio 1897 aveva fatta all'art. 11 della convenzione del 1896 (Actes cit. pag. 96). La disposizione nuova dell'alinea 2 è diretta ad

parti, il quale non potrebbe essere stabilito se al convenuto non s'imponesse in massima l'obbligo

eliminare possibilità di dubbi nell'interpretazione dell'alinea 1. La dizione generica usata dall'art. 11 ora vigente e lo scopo a cui tutta la convenzione è diretta, di fare sparire per quanto è possibile le disposizioni eccezionali riguardo agli stranieri, autorizzano indubbiamente a ritenere che la norma contenuta in quell'articolo si applichi anche allo speciale obbligo di versamento, che secondo alcune legislazioni deve farsi nelle casse dello Stato per pagare le spese giudiziarie; di guisa che l'attore straniero sia obbligato a dare l'anticipo nella misura stessa dei cittadini e non in misura diversa o maggiore per la sua qualità di straniero. Il dubbio era sorto in Germania, dove il Eisco non percepisce diritti a proposito di ciascun atto processuale, come in altri paesi, per mezzo della carta bollata o di altre formalità come la registrazione; invece una somma a titolo di spese giudiziali è messa a carico di colui che perde la lite e per garantire, almeno in una certa misura, il pagamento di questa somma si esige un versamento dall'attore. Secondo il § 85 della legge sulle spese giudiziarie il versamento che si esige dagli stranieri è triplo del versamento che si esige dai nazionali. Ora il dubbio che l'art. 11 della Convenzione del 1896 si applicasse anche a tale versamento era giustificato dal fatto che il versamento è tutt'altra cosa che la *cautio judicatum solvi* e garantisce un interesse di un altro ordine. Guardando allo spirito della convenzione la giurisprudenza tedesca si è finora costantemente pronunciata nel senso favorevole alla sua applicazione (Meili op. cit. vol. I pag. 106); ma la Delegazione germanica chiese che si ponesse una norma esplicita nella nuova convenzione, per la quale resta inteso, che il Fisco dispensando lo straniero attore dal triplo versamento avrà d'altra parte le garanzie accordate al convenuto per il ricupero delle spese messe a carico dell'attore soccombente (Actes cit. pag. 95).

d' intervenire in giudizio. Ritenuto lo scopo obbiettivo del processo, bisogna riconoscere che esso non

L' art. 18 porta delle notevoli modificazioni al sistema ora vigente circa l' esecuzione delle sentenze di condanna alle spese. Esso anzitutto, disponendo la completa gratuità del processo d' esecuzione, rende giustizia al lamento che da più parti si era levato contro il costo eccessivo di tale processo in alcuni fra i paesi contraenti del 1896, fra i quali si cita l' Italia (cfr. Meili op. cit. vol. I pag. 33 e Actes cit. pag. 96). In secondo luogo, pur riservando agli Stati contraenti mediante speciali accordi bilaterali la facoltà di permettere che la domanda di *exequatur* si faccia direttamente dalla parte interessata, dispone che altrimenti questa domanda si faccia per via diplomatica. Infine estende il processo economico di esecuzione anche alle sentenze, per mezzo delle quali l' ammontare delle spese del processo è fissato ulteriormente.

Le innovazioni al sistema ora vigente portate dall' art. 19 sono tutte ispirate allo scopo di rendere più semplice e rapida la procedura d' *exequatur* e però anche più facile il compito del giudice dello Stato richiesto. (Actes cit. pag. 75 e 97-8). Così su proposta della Delegazione germanica si stabilì che le sentenze venissero dichiarate esecutive senza sentire le parti, salvo però all' interessato il diritto di ricorso (che in pratica sarà verosimilmente assai raro) secondo le leggi del paese dove si chiede l' esecuzione. Ad evitare le difficoltà, che spesso si hanno per constatare se la sentenza da eseguire è passata in giudicato, la stessa Delegazione germanica aveva proposto che la sentenza fosse accompagnata da una dichiarazione in proposito dell' autorità straniera a ciò espressamente dichiarata competente dal potere esecutivo centrale in materia di giustizia. Ma siccome parecchi delegati affermarono non esservi nel loro paese alcuna autorità competente per rilasciare un certificato di passaggio in cosa giudicata, così l' emenda-

potrebbe adeguatamente raggiungersi senza la coöperazione attiva delle parti; l' obbligo giuridico pubblico, che ogni cittadino ha verso lo Stato, d' intervenire in giudizio per integrare il contraddittorio si rappresenta così come una conseguenza indeclinabile dello scopo primo del processo, che consiste nella realizzazione del diritto obbiettivo. Lo stato non si muove verso questo fine se non in quanto il cittadino esercita il suo diritto pubblico subbiettivo tendente alla tutela giuridica, ma per raggiungerlo esso impone al cittadino

mento fu formulato in modo che ciascun paese farà come crederà o come gli permetterà la sua legislazione, cioè accompagnerà o no la sentenza con una dichiarazione relativa al suo passaggio in giudicato. Nel caso in cui tale dichiarazione non sia fornita, la questione continuerà a presentarsi nei termini in cui si presenta oggi. Se la dichiarazione è fornita, essa varrà come presunzione *juris tantum,* potendo essere combattuta dall' interessato quando esercita il diritto di ricorso a lui riservato dall' al. 1° dell' art. 19.

Le nuove regole fissate in quest' articolo circa la traduzione (quella della sentenza, si noti, concerne soltanto il dispositivo, non essendovi ragione, trattandosi soltanto delle spese, di esigere anche la traduzione dei motivi) ripetono il sistema già adottato nell' art. 3 del progetto circa la comunicazione di atti giudiziali o stragiudiziali (Actes cit. pag. 87). Questo sistema, che offre la maggiore serietà di garanzie, consiste nel lasciare la scelta tra la traduzione certificata conforme dall' agente diplomatico o consolare dello Stato richiedente e quella certificata conforme da un traduttore giurato dello Stato richiesto.

stesso un dovere pubblico, che è come il contrapposto del diritto che gli ha concesso. Entrambi, diritto e dovere, si fondano sulla relazione esistente fra Stato e cittadino.

Anche se si voglia negare il carattere pubblicistico dell'azione ed ascrivere quest'ultima alla categoria dei diritti potestativi, non cessa il dovere del convenuto, cambia soltanto di natura in quanto il soggetto dell'obbligazione anzichè lo Stato verrebbe ad essere un privato, l'attore. I diritti del potere giuridico o potestativi, secondo la nozione ricevuta dal Chiovenda particolarmente sulle traccie dello Zitelmann, consistono in facoltà di produrre, mediante una manifestazione di volontà, un determinato effetto giuridico di fronte ad una persona, che non è tenuta ad alcuna prestazione, ma è soltanto *soggetta*, così da non potervisi sottrarre, all'effetto giuridico prodotto; loro caratteristica essenziale distintiva rispetto ad altre categorie giuridiche è appunto la *soggezione* della persona di fronte a cui il potere spetta, la soggezione della loro volontà, in quanto *non può volere* che l'effetto non si produca (¹). In base a questi concetti il convenuto si troverebbe nella necessità di subire gli effetti conse-

(¹) CHIOVENDA op. cit. pag. 109-110. La teoria dei diritti del potere giuridico è esposta dallo ZITELMANN op. cit. vol. I, pag. 32 e seg. e 140, vol. II pag. 20, 44 e seg.

guenti dall'esercizio del potere giuridico spettante all'attore. Se tale teoria, che noi già ripudiammo, potesse seguirsi, rimarrebbe maggiormente intricato il già difficile processo atto a determinare la posizione del convenuto straniero. Eliminato o posto del tutto in seconda linea il rapporto di soggezione del convenuto di fronte alla potestà giurisdizionale dello Stato, l'emergente soggezione sua al potere giuridico dell'attore, ossia di un semplice privato, sembra togliere ogni rilevanza alla sua qualità di cittadino o di straniero. Se l'obbligo del convenuto deriva puramente e semplicemente dall'esercizio dell'azione, non v'è luogo a distinguere fra convenuto straniero e convenuto nazionale, rimanendo entrambi parificati nella soggezione a un potere giuridico d'indole privata. Si avrebbero così delle conseguenze aberranti, la cui correzione non potrebbe derivare che da idee estranee alla caratterizzazione del diritto d'agire come diritto potestativo e tali da segnare un forzato ritorno alla concezione pubblicistica.

Secondo noi, in base alla dottrina prevalente, l'attore non ha da chiedere legalmente al convenuto d'impegnarsi con lui in un processo, poichè egli non ha a suo riguardo che il diritto risultante dal rapporto di diritto privato; quindi di un obbligo del convenuto di impegnarsi in un

processo non si può parlare che di fronte allo Stato [1].

Ora tale obbligo giuridico pubblico non è che un particolare aspetto, che si presenta di fronte all'autorità giurisdizionale dello Stato, della posizione generale del cittadino. In massima appare dunque chiaro che alla condizione di convenuto non può essere astretto chi non è legato allo Stato da vincolo di cittadinanza. Ma il ricordo del processo onde si determina la posizione dello straniero nel campo del diritto pubblico, consiglia a non arrestarsi a tale proposizione negativa. Lo straniero ha di fronte allo Stato che lo ospita la qualità di *subditus temporarius*, che porta con sé una serie di doveri giuridici pubblici; quasi come contropartita esso gode di vari diritti pubblici. La corrispondenza fra soggezione e godimento, anzichè essere una norma generale di condotta dello Stato in confronto degli stranieri [2], assume

[1] Wach, op. cit. vol. I pag. 21; Laband, op. cit. vol. IV pag. 157.

[2] Nel campo interno, è noto, può considerarsi come sfatata l'antica teoria, che pone il fondamento del dovere pubblico nella sua correlazione intima e necessaria col diritto pubblico subbiettivo o reciprocamente il fondamento di quest'ultimo nella sua correlazione col primo (vedi Romano op. cit. pag. 41-3). A critiche non diverse o minori di quelle a cui è soggetta nel campo interno, la teoria della correlazione può essere sottoposta nelle sue applicazioni al diritto internazionale, dove viene da molti utilizzata per

un valore concreto e preciso quando dovere e diritto sono l'uno la reciproca dell'altro. Tale è appunto il caso del diritto pubblico subbiettivo alla tutela giuridica e dell'obbligo del convenuto di prestare la sua cooperazione. Sarebbe altrettanto illogico negare agli stranieri il diritto d'agire assoggettandoli invece con grande larghezza alla giurisdizione territoriale, quanto l'esentarli completamente da questa giurisdizione dopo aver loro concesso l'esercizio dell'azione. Il primo sarebbe un procedimento tirannico, che in fatto fu generalmente usato dai regimi assoluti [1]; il secondo un ingiusto beneficio concesso agli stranieri con danno dei cittadini. Non è a dire che lo straniero può essere convenuto in giudizio perchè egli a sua volta può farsi liberamente attore e quindi per una specie di diritto di ritorsione; soltanto sembra essere provvedimento di *equità*, di fronte al libero esercizio delle azioni civili conceduto *a favore* degli stranieri, ammettere in massima la possibilità dell'esercizio di azioni *contro di loro* [2]. Si può d'altro canto osservare,

stabilire la concessione agli stranieri di alcuni diritti pubblici; ma tutto ciò non mi pare che alteri la giustezza del particolare ragionamento fatto nel testo.

(1) MORTARA, op cit. vol. II, pag. 340.

(2) MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 346. La massima s'inverte a proposito delle persone, che godono del cosiddetto privilegio della estraterritorialità. Queste persone possono

non diversamente da quanto si è detto circa il diritto d'agire, che l'obbligo genericamente incombente agli stranieri di sottostare alla giurisdizione territoriale è una indiretta conseguenza della necessità di tutelare il diritto obbiettivo in materia internazionale; poichè questa tutela si esplica mediante l'esercizio della giurisdizione, essa resterebbe grandemente imperfetta se lo straniero dovesse essere in ogni caso sottratto alla posizione di convenuto.

Queste considerazioni non sono tuttavia sufficienti a fondare giuridicamente dal nostro punto di vista la perfetta eguaglianza dello straniero al cittadino. Lo Stato non può non tener conto delle esigenze d'indole internazionale, del rispetto che esso deve — se non altro per l'interesse della reciprocità — alla giurisdizione degli Stati stranieri. Varcando certi limiti nell'assoggettamento dello straniero alla propria giurisdizione, lo Stato viene a ledere la sovranità, a cui il convenuto è sottoposto per vincolo di cittadinanza. Nella determinazione di questi limiti sta la parte veramente essenziale del diritto processuale civile internazionale. Può ben dirsi con sicurezza che la

liberamente agire davanti ai tribunali di uno Stato straniero, ma considerandosi come sottratti all'autorità di tale Stato non possono essere obbligati alla posizione di convenuto; non senza tuttavia eccezioni, delle quali avremo da occuparci in seguito.

dottrina non è ancor giunta a fissare dei criteri semplici e generali. D'altro canto le leggi dei diversi Stati nella loro grande varietà addimostrano la mancanza di quella comune convinzione giuridica, che potrebbe dare origine ad una consuetudine internazionale. In fatto così la dottrina che i legislatori « stabiliscono una casistica atta a giustificare la estensione *eccezionale* della sovranità da cui emana la giurisdizione sovra persone che in principio non sono alla medesima soggette, ...procedono in altre parole con metodo analitico, per casi o per categorie, a stabilire l'anello di congiunzione fra la sovranità nazionale e lo straniero convenuto in giudizio » [1].

11. Riservando alla parte speciale del nostro studio lo svolgimento dei principî scientifici e l'illustrazione delle norme legislative circa l'obbligo di convenuto dello straniero, fissiamo qui la massima, che la dottrina riconosce giusta e le leggi generalmente sanzionano, in virtù della quale la posizione del convenuto straniero non soffre limitazioni in confronto di quella del cittadino.

Storicamente le vicende dello straniero convenuto non hanno subito oscillazioni minori di quelle dello straniero attore. Le garanzie giurisdizionali talora si spingevano al punto da creare magistrature speciali o da riconoscere nel terri-

[1] MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 346-7.

torio la legale esistenza di magistrature straniere, davanti alle quali lo straniero dovesse essere chiamato a rendere ragione. Nè gli avvedimenti di protezione mancavano anche col regime esclusivo delle magistrature territoriali. Per esempio « a Venezia il convenuto straniero era protetto impedendo all'attore nazionale di prolungare oltre il necessario il litigio con artifici di procedura e non solo annullando, quando ciò facesse, le garanzie reali concessegli dal doge sui beni dei forestieri, ma imponendo anche all'attore una multa da dividersi fra i signori di Notte, il Comune ed il convenuto stesso » [1]. Ma anche qui è da notare la prevalenza, in Italia e fuori d'Italia, delle misure di sfavore, consistenti nell'obbligo di una cauzione e in provvedimenti più rirorosi circa il sequestro dei beni e l'arresto personale [2].

Tutte queste disparità fra convenuto nazionale e convenuto straniero possono dirsi oggi sparite. Così quella *cautio judicatum solvi*, che abbiamo visto intralciare l'esercizio dell'azione da parte degli stranieri, non si applica in nessun luogo allo straniero convenuto [3]. Certo è però che se una

[1] CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 314.

[2] PERTILE op. cit. vol. III pag. 190-1 e CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 416-7.

[3] BRUNET op. cit. pag. 78-9. Secondo quest'Autore afferma (pag. 26), anche nell'antico diritto francese non si

speciale cauzione è prescritta dalle leggi territoriali per il convenuto nazionale, anche lo straniero non può sottrarvisi.

Egualmente lo straniero è soggetto alle stesse misure conservative, che sono fissate per i nazionali e nei limiti stessi che sono fissate per questi ultimi. Tale principio è almeno implicitamente contenuto in tutte le legislazioni, ma la giurisprudenza di qualche paese con varie interpretazioni ha cercato di rendere la posizione del convenuto straniero deteriore in confronto di quella del convenuto nazionale. Così in Francia dal punto di vista del sequestro lo straniero è in generale trattato attivamente e passivamente come il francese, ma qualche volta la giurisprudenza si è rifiutata di ammettere che egli possa pretendere al riguardo le immunità e i vantaggi, che sono accordati ai francesi, ritenendo per esempio che la disposizione dell'art. 215 Cod. com., per cui la nave pronta a far vela non è sequestrabile, non è applicabile alle navi

trova traccia di cauzione imposta al convenuto. Sedotti dall'esempio delle legislazioni greca e romana alcuni giureconsulti proposero di esigere dal convenuto *aubain* la stessa garanzia imposta all'attore; in questo senso si trova un *arrêt* del parlamento di Parigi del 23 agosto 1591. Ma ad opera dei migliori giureconsulti, quali Pothier, Bacquet, Denisart, prevalse la pratica contraria in base al riflesso di equità che *actor voluntarie agit, reus autem ex necessitate se defendit* (cfr. TROCHON op. cit. pag. 70-71).

straniere, perchè si tratta di un favore particolare, che per il suo carattere stesso si presume il legislatore aver voluto riservare ai nazionali e perchè estendendolo agli stranieri si faciliterebbe la frode, mentre contro i francesi si può utilmente ricorrere anche dopo la partenza della nave (¹).

La giurisprudenza italiana ha spesso ritenuto che per giustificare il sequestro non la qualità di straniero nel convenuto può essere per sè sola considerata un valido motivo, bensì la qualità di straniero associata ad altre circostanze di fatto (principalmente alla mancanza di beni in Italia), che possano indurre nel creditore il ragionevole timore di perdere la garanzia del proprio credito (²). La

(¹) Così giudicò la Corte d'appello di Rouen con sentenza 3 agosto 1891 (*Journal* 1892 p. 1000).

(²) In questo senso decisero la Corte d'appello di Torino 24 ottobre 1870 (*Mon. Trib.* 1873 p. 226), la Corte d'appello di Venezia 5 luglio 1888 (*Mon. Trib.* 1889 p. 28) e la Cass. di Napoli 11 luglio 1889 (*Mon. Trib.* 1890 p. 212 e *Rev. prat. de droit intern. privé* 1890-91 pag. 349 con nota adesiva del Contuzzi). Vedi anche l'autorevole Commentario del Cod. di proc. civ. (vol. II pag. 438) di Pisanelli, Scialoja e Mancini, i quali scrissero che rispetto al sequestro più ampie devono essere le facoltà del giudice quando si tratta di stranieri, perocchè per effetto di questa sola qualità, che abbiano le parti o una di esse, può variare indefinitamente la gravità del pericolo e del danno. Gli stessi autori ricordano (pag. 440) che secondo l'art. 905 del Codice di proc. civ. del regno di Napoli il sequestro dei beni mobili di un debitore straniero poteva ordinarsi anche quando il creditore non fosse munito di titolo.

Corte d'appello di Venezia nella sentenza 15 febbraio 1898 ebbe a decidere che in tema di azione aquiliana può bastare a giustificare il pericolo di perdere le garanzie del credito giusta l'art. 924 Cod. proc. civ. l'essere il debitore una società di navigazione straniera senza sede e rappresentanza in Italia, senza alcun patrimonio nel Regno, e il mancare trattati internazionali con lo Stato cui essa appartiene per l'esecuzione nel suo territorio della sentenza pronunciata nel Regno [1]. Questa giurisprudenza, che per fortuna non è unanime [2], ha per risultato ultimo quello di rendere la condizione del debitore straniero più gravosa di quella del debitore nazionale appunto in dipendenza della sua condizione di straniero. E ciò mi sembra contrario non soltanto all'equità, ma anche allo spirito della nostra legislazione, nella quale — non è male ricordarlo — è scritto a grandi caratteri per la sua alta portata l'art. 3 cod. civ. Infatti la ricerca della garanzia offerta dal patrimonio del debitore non viene, dalla giurisprudenza che combattiamo, istituita su tutto quanto il patrimonio, ma soltanto su quella parte che il debitore ha in Italia; sicchè in casi per-

[1] *Giur. it.* 1898, I, 2, 319.

[2] In senso opposto alla Corte di Venezia aveva deciso quella di Genova nelle tre sentenze 21 agosto 1890 (*Temi gen.* 1890 p. 600), 8 maggio 1893 (*Annali* 1893, III, 184) e 25 maggio 1894 (*Temi gen.* 1894 p. 377).

fettamente identici i nostri tribunali solleverebbero dal sequestro un nazionale avente una sostanza limitata per quanto efficace a garantire il credito, mentre confermerebbero il sequestro stesso a danno di uno straniero, il quale pur avendo una fortuna colossale non possieda nulla nel Regno. Le difficoltà, che potrebbero incontrarsi per procedere in via d'esecuzione su beni situati all'estero, nel maggior numero dei casi erano note al creditore quando stipulò il contratto con lo straniero; l'unica ipotesi, in cui egli potesse imputare a sè stesso la propria difficile condizione, sarebbe quando il debitore posteriormente al contratto avesse venduto i beni posseduti in Italia, ma anche allora egli sarebbe in colpa se non avesse al momento della vendita cautelato i propri interessi. Che se il credito anzichè da contratto derivasse da delitto o quasi delitto, come nel caso deciso dalla Corte di Venezia, le difficoltà e il dispendio necessarî per ottenerne il soddisfacimento all'estero possono classificarsi fra i rischi per se stessi inerenti al titolo, da cui il credito deriva. In conclusione io sono di avviso che nell'esame prescritto dall'art. 924 Cod. proc. civ. verso un debitore straniero i nostri magistrati non debbono lasciarsi per nulla influenzare nè direttamente nè indirettamente da tale sua qualità e procedere in tutto e per tutto come se si trattasse di un debitore nazionale.

L'inasprimento della posizione del convenuto straniero, derivante da norme speciali circa l'arresto personale, [1] può dirsi ormai quasi completamente entrato nel dominio della storia [2].

In Francia lo speciale arresto personale contro i debitori stranieri, che si trovava fissato nelle Ordinanze del 1566 e del 1667, era stato abolito dall'Assemblea nazionale nel 1793, coinvolto nella generale abolizione allora decretata dell'arresto personale. Ristabilito quest'istituto colla legge del 4 floreale anno VI, fu di nuovo introdotto lo speciale arresto per gli stranieri, che fu disciplinato dagli art. 2 e 3 della legge 10 settembre 1807 e successivamente dagli art. 15 e 16 della legge 17 aprile 1832. Secondo queste disposizioni il Presidente del Tribunale poteva su semplice richiesta del creditore francese autorizzarlo a fare arrestare provvisoriamente, prima di ogni giudizio, il suo debitore straniero; in tal caso l'azione in pagamento doveva essere introdotta davanti il

[1] Ci limitiamo qui a parlare dell'arresto provvisorio, che rende più gravosa la condizione del convenuto nel giudizio. Dell'arresto personale come mezzo d'esecuzione parleremo trattando dell'esecuzione della sentenza in confronto degli stranieri.

[2] Cfr. le notizie storiche che per il medio-evo italiano ci offre il PERTILE op. cit. vol. III pag. 127 n. 60 e pag. 191 n. 20; e per gli altri paesi europei il CATELLANI op. e ediz. cit. vol. I pag. 416-7.

tribunale entro gli otto giorni, altrimenti lo straniero veniva liberato. L' arresto provvisorio poi non aveva luogo o cessava quando lo straniero giustificasse di possedere nel territorio francese una casa di commercio o degli immobili di valore sufficiente per assicurare il pagamento del debito o fornisse per garanzia una persona domiciliata in Francia e riconosciuta solvibile. Tali disposizioni furono oggetto anche in Francia di critiche vivaci. Si osservò che se l'arresto personale come mezzo di esecuzione si ha dopo una sentenza di condanna, che chiude un processo durante il quale hanno avuto modo di esplicarsi tutte le ragioni della difesa, l' arresto provvisorio è una misura surrettizia, che colpisce di sorpresa il debitore e non gli lascia un equo spazio di tempo per liberarsi dei suoi impegni. Lo straniero è così esposto ai terrori mal fondati di un creditore imprudente e alle manovre di un creditore di mala fede, che può esercitare su di lui una tal pressione da indurlo a riconoscere il debito e a pagare unicamente per sottrarsi all' arresto. Vittima forse d' un errore involontario e di una fatale precipitazione egli può lasciare nell' urgente bisogno una famiglia, per la quale la sua incarcerazione può essere un danno irreparabile. Alcuno d' altra parte, pur aderendo in massima a queste critiche, osservava che l' arresto provvisorio si presentava come una misura indispen-

sabile per il godimento completo ed efficace del privilegio esorbitante accordato dall'art. 14 Cod. civ. al creditore francese; infatti lo scopo di quest'ultima disposizione sarebbe frustrato se lo straniero potesse sottrarvisi colla fuga e il cittadino potesse essere costretto ad incontrare tutte le difficoltà di una lunga e costosa procedura all'estero [1]. Veramente l'associare la misura dell'arresto provvisorio a quell'art. 14 Cod. civ. che è universalmente condannato, non poteva servire ad altro che a farne risaltare con maggior evidenza tutta l'ingiustizia e l'assurdità. Che se il legislatore non voleva procedere all'abolizione dell'art. 14, non v'era davvero alcun motivo perchè esso rendesse la condizione dello straniero anche più grave di quello che non risultasse dall'applicazione pura e semplice di quest'articolo mantenendo l'arresto provvisorio. Così quando con legge del 22 luglio 1867 fu abolito l'istituto in genere dell'arresto personale, nessuna considerazione valse a conservare in vigore lo speciale arresto provvisorio contro gli stranieri.

Le disposizioni che su tale arresto vigevano nella legislazione francese erano state quasi in-

[1] TROCHON, op. cit. pag. 105-108. Nelle pagine seguenti fino a pag. 133 l'A. dà all'istituto dell'arresto provvisorio un ampio svolgimento, sul quale non è per noi il caso di fermarci visto il suo interesse ormai completamente storico.

tegralmente riprodotte nel Cod. civ. sardo agli art. 2107 e 2108 e nel Cod. civ. del regno di Napoli all'art. 18 [1]; e scomparvero fra noi coll'unificazione legislativa. Esse rimangono invece tuttora nel Codice di proc. civ. olandese, il quale dopo aver disposto all' art. 585 n. 10 che in genere l'arresto personale ha luogo contro ogni straniero, che non abbia domicilio fisso nel Regno, per ogni debito contratto con un regnicolo, all' art. 768 accorda al Presidente del tribunale la facoltà di ordinare l'arresto provvisorio, prima che sia intervenuta sentenza di condanna, degli stranieri senza domicilio fisso nel Regno, per debiti scaduti ed esigibili contratti verso gli abitanti del Regno, tranne il caso che essi abbiano prestato cauzione o altra garanzia (art. 769).

L'Asser, che già aveva qualificata come *detestabile* la disposizione contenuta nell'art. 768 Cod. proc. civ. del suo paese [2], nella relazione sull'arresto personale alla seconda Conferenza di diritto internazionale privato tenuta all'Aja nel 1894, rinnovò le sue critiche, dimostrando che le disposizioni eccezionali, secondo le quali l'arresto è applicato con più rigore contro gli stranieri che contro i nazionali, non possono essere

[1] PISANELLI, SCIALOJA e MANCINI op. cit. vol. II pag. 439-440.

[2] ASSER-RIVIER, Élements de droit international privé.

considerate che come un *odium* poco compatibile colle buone relazioni internazionali e non giustificato da alcun valida argomento ([1]). La Conferenza approvò all' unanimità e senza discussione ([2]) la disposizione seguente, che era stata proposta dal rappresentante della Francia e che ora costituisce l'art. 17 della convenzione del 1896:

« La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, *soit comme mesure simplement conservatoire*, ne pourra pas, en matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un des Etats contractans dans le cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays » ([3]).

12. — Stabilito che gli stranieri hanno il diritto di agire e possono essere convenuti, resta a vedere in base a quali norme si determini la loro capacità dal punto di vista processuale. Sotto la generica espressione di capacità proces-

([1]) Actes de la deuxième Conférence pag. 99-101.

([2]) Actes de la deux. Conf. pag. 92.

([3]) Nel progetto di nuova convenzione elaborato dalla quarta Conferenza dell'Aja il citato art. 17 diventa l'art. 24 e alla disposizione riferita nel testo, allo scopo di rendere più perfetta la parificazione fra cittadini e stranieri, viene in esso aggiunta la seguente: « Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays pour obtenir la levée de la contrainte par corps doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un État contractant, même si ce fait c'est produit à l'étranger » (Actes de la quatrième Conférence pag. 100 e 210).

suale si può comprendere così la *capacità di essere parte nel processo* (*Parteifähigkeit* o *Gerichtsfähigheit*) che la *capacità di stare in giudizio* o *capacità processuale in senso stretto* (*Processfähigheit*). Si tratta di due diverse attitudini del soggetto rispetto al processo, appartenenti entrambe ai cosiddetti presupposti processuali, perchè la loro mancanza esclude la fondazione di un rapporto giuridico processuale. La capacità processuale in senso stretto presuppone necessariamente la capacità di parte, mentre quest'ultima può esistere pur mancando la prima. Poichè dunque la capacità processuale figura come secondaria rispetto alla capacità di parte, questa costituirà prima l'oggetto delle nostre ricerche.

La capacità di parte, ossia la capacità di convenire (capacità di parte attiva) e di essere convenuto (capacità di parte passiva) in giudizio e di assumere su di sè gli effetti del processo [1], è un concetto eminentemente processuale [2], la cui determinazione rientrerebbe senz'altro nella sfera di competenza del diritto processuale senza riguardo al diritto materiale. Tuttavia poichè il rapporto processuale tende a rafforzare, a modi-

[1] Sulla nozione di capacità di parte si possono consultare i molti scrittori citati dal WALKER op. cit. pag. 42 in nota; fra questi particolarmente notevole è il BARAZETTI, Zur Lehre von der Processfähigkeit, Heidelberg 1885.

[2] WACH op. cit. pag. 121.

ficare o a diminuire il rapporto di diritto privato; poichè la sentenza e la sua esecuzione nel campo dei diritti individuali importano una estensione o una perdita della potestà della persona, è naturale che dovendosi stabilire quali sono le condizioni necessarie per essere parte in giudizio, si sia trovato utile di profittare della qualità di soggetto del diritto, stabilita dal diritto civile. (1). In conclusione, siccome il diritto processuale ha per iscopo la protezione dell'ordinamento giuridico privato, il suo campo di applicazione è regolarmente fissato dalla cerchia di quelle persone, che secondo le regole del diritto privato possono entrare in rapporti giuridici (2). Così la capacità di parte si considera come l'espressione o la forma processuale della capacità di diritto e viene sottoposta alla stessa legge che determina quest'ultima.

Parellela alla immistione di criteri e di norme di diritto materiale nel campo del diritto processuale sta in proposito l'immistione di criteri e di norme di diritto internazionale privato nel campo del diritto processuale civile internazionale. Se la subbiettività giuridica è il necessario presupposto di diritto privato della capacità di parte, il presupposto di tale capacità rispetto agli

(1) Cfr. Schmidt, op. cit. pag. 147.

(2) Schmidt, Die Aenderungen des Civilprozessrechts nach den Novellen des Jahres 1898, Leipzig 1898 pag. 24.

stranieri deve essere stabilito in base ai criteri forniti dal diritto internazionale privato [1]. A questo dunque, per stabilire nel processo la capacità di parte dello straniero, spetta risolvere ogni questione pregiudiziale relativa all'esistenza, al principio o alla fine della sua personalità giuridica. E noi possiamo contentarci di un rinvio generico a norme, che trovano il loro svolgimento in altra parte della nostra scienza. Sarà appena opportuno ricordare:

1.° che la capacità di parte come la generica capacità di diritto è determinata di regola dalla legge personale dello straniero;

2.° che secondo l'accezione dominante nella dottrina e nelle legislazioni questa legge personale coincide colla legge dello Stato a cui lo straniero appartiene;

3.° che in ogni caso per determinare la capacità di parte di uno straniero i giudici dovranno applicare esclusivamente la norma di diritto internazionale privato contenuta nella propria legislazione circa la capacità di diritto degli stranieri (in Italia ad es. l'art. 6 tit. prel. cod. civ.);

4.° che la legge straniera da cui risulta la capacità di parte è soggetta come tutte le altre al

[1] Cfr. WACH, op. cit. pag. 121 e 547; BUNSEN, op. cit. pag. 118; MEILI, Das internat. Civilprozessrecht I, 77.

limite d'ordine pubblico; così per es. in Italia in virtù dell'art. 12 disp. prel. dovrà considerarsi come giuridicamente capace e quindi capace di essere parte in giudizio uno straniero, che per un qualunque motivo sia dalla sua legge nazionale dichiarato morto civilmente (1).

La questione della capacità da parte degli stranieri, assai semplice rispetto alle persone fisiche, alle quali è dovunque riconosciuta la capacità di diritto, diventa non poco complicata rispetto alle persone giuridiche e alle varie forme di collettività. Il grave dibattito sulla qualità di soggetto di diritto, onde queste ultime debbano ritenersi rivestite anche oltre i confini dello Stato d'origine, assume proprio il maggior rilievo in tema di capacità di parte (2), così da potersi dire che esso presenta un interesse più diretto per il diritto processuale civile internazionale che non per il diritto internazionale privato.

13. — La personalità dello Stato, che viene quasi universalmente considerata come presupposto essenziale di ogni costruzione giuridica tanto del diritto statuale che del diritto internazionale (3),

(1) Cfr. WACH, op. cit. pag. 519 n. 4 e MOORE, American Notes all'op. cit. del DICEY ch. IV, pag. 232.

(2) Così giustamente, per il campo giuridico interno, osserva il MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 635.

(3) Vedi in BIGLIATI, op. cit. vol. I, pag. 14 e segg. lo svolgimento storico e dottrinale del concetto di personalità giuridica dello Stato.

presenta due aspetti indissolubilmente uniti. Il riconoscimento di tale personalità nel campo del diritto pubblico è posteriore a quello della personalità stessa nel campo dei rapporti privati, della quale ultima anzi la prima può considerarsi come un'espansione o un allargamento. Ma se ciò è vero storicamente, dal punto di vista dogmatico non si può vedere una giustaposizione o aggiunzione là dove invece non esiste che unità di personalità in tutti i rapporti e pubblici e privati ([1]). Non si possono dunque vedere nello Stato due persone giuridiche distinte, due subbietti di diritto, l'uno pubblico, l'altro privato; bensì una duplice personalità o capacità di diritto ([2]).

Ma accanto a questi due lati della personalità giuridica dello Stato, che si manifesta dunque in quanto è di diritto privato entro la sfera patrimoniale e in quanto è di diritto pubblico nelle relazioni coi proprî sudditi, havvene un altro (storicamente posteriore, ma non meno degli altri essenziale ed immanente nella costituzione della vera natura dello Stato) che si esplica nei rapporti esteriori e per cui lo Stato si rappresenta come subbietto di diritti e di doveri internazio-

([1]) JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900, pag. 144 e segg., 152 e segg.

([2]) Cfr. su ciò le giustissime osservazioni del RANELLETTI, Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione, Macerata 1904.

nali. Ora data la unità della personalità giuridica dello Stato, il riconoscimento di questo come subbietto di diritto internazionale trae con sè necessariamente il riconoscimento della sua subbiettività dal punto di vista del diritto privato.

Il Laurent dapprima, sottilizzando sulla distinzione fra le due vesti che assume lo Stato, disse che il riconoscimento politico e diplomatico non porta con sè il riconoscimento internazionale della sua personalità giuridica ed ammise per gli Stati stranieri la stessa teoria restrittiva da lui accolta riguardo alle persone giuridiche straniere (1); ma più tardi egli si avvide dell'errore e cambiò recisamente opinione circa gli Stati stranieri mantenendola riguardo alle persone giuridiche (2). L'antica teoria del Laurent, sostenuta in Italia dal Pierantoni (3), fu ripresa e ampiamente svolta dal Moreau, il quale osservò che il riconoscimento di uno Stato è un atto di governo e di politica internazionale, che per il suo scopo e i suoi effetti eccede il campo del diritto inter-

(1) LAURENT, Principes de droit civil vol. I n. 310 e 311.

(2) LAURENT, Droit civil internat. vol. IV n. 126 e 127.

(3) PIERANTONI, La capacità delle persone giuridiche straniere in Italia, in *Rassegna di diritto commerciale* 1884-85 pag. 1. L'Autore ha recentemente riproposta la stessa teoria in un articolo su *L'incapacité des États d'acquerir par succession dans un pays étranger* pubblicato nella *Revue de droit intern.* 1903 pag. 252-285 e 437-491 (vedi specialmente pag. 262 e segg.).

nazionale privato; esso vale a individuare i membri della società degli Stati, ma non attribuisce quella personalità giuridica privata, che soltanto la legge può creare [1].

Questa teoria deriva da una inesatta concezione della personalità dello Stato e del valore giuridico del riconoscimento. Lo Stato anzitutto, a differenza degli altri enti che traggono la loro subbiettività giuridica dalla legge, costituisce di pieno diritto una persona giuridica [2]. Indi il riconoscimento secondo la migliore e più diffusa dottrina [3] ha carattere non costitutivo ma soltanto dichiarativo, non crea cioè lo Stato nuovo, ma afferma soltanto che esso è un soggetto di diritto internazionale. Assai giustamente dice l'Ull-

[1] MOREAU, De la capacité des États étrangers pour recevoir par testament en France, in *Journal* 1892 pag. 337. Vedi la confutazione che degli argomenti del MOREAU fecero il LAINÉ a pag. 289-303 del suo articolo « Des personnes morales en droit international privé » in *Journal* 1893 pag. 273; il MICHOUD, De la capacité en France des personnes morales étrangères et en particulier du Saint-Siège, in *Rev. gén. de droit intern. pub.* 1894 pag. 193; e il MAMELOK Die juristische Person im internat. Privatrecht, Zürich 1900 pag. 107-8.

[2] Cfr. LABAND, op. cit. ediz. fr. vol. I pag. 98 e segg.; JELLINEK, Das Recht des modernen Staates, Berlin 1900 vol. I pag. 115 e segg.; FIORE, Trattato di dir. internaz. pubb. 4.ª ediz. vol. I (1904) pag. 190-1.

[3] Le varie teorie sul riconoscimento sono assai bene esposte dal BIGLIATI, op. cit. pag. 327-336.

mann che la personalità è in se stessa un semplice fatto ossia un possesso, che non può essere tolto mediante la semplice negazione o constatazione dal punto di vista statuale (1). La personalità s' impone così con tutti i suoi caratteri per il fatto stesso della sua esistenza, che ogni Stato ha verso gli altri una pretesa giuridica al riconoscimento come soggetto del diritto internazionale (2). Ora è troppo chiaro, che tale riconoscimento, il quale non è altro che un atto di autenticazione storico-giuridico (3), investe tutti i lati della personalità, che come dicemmo è una, e la abilita quindi ad esplicarsi all' estero sia nei rapporti puramente statuali che in quelli privati (4).

Nella pratica internazionale, come bene osservò la Corte di Appello di Genova nella sen-

(1) ULLMANN, Völkerrecht, Freiburg i. B. 1898 pag. 66.

(2) Vedi JELLINEK, System pag. 300-2 e GAREIS, Institutionen des Völkerrechts 2.ª ediz. Giessen 1901 pag. 65.

(3) Così l' HOLTZENDORFF, Der Staat as völkerrechtliche Persönlichkeit, in *Handbuch des Völkerrechts* vol. II, pag. 24.

(4) Per converso deve dirsi che lo Stato non riconosciuto diplomaticamente nell' altro Stato, a cui il giudice appartiene, non potrà far valere in quest' ultimo la sua capacità giuridica privata e quindi neppure la sua capacità di parte nel processo. Cfr. FIORE, Dir. intern. pubb. 4.ª ediz. vol. I, pag. 197; PHILLIMORE, op. cit. vol. II, ch. IV §. 22, pag. 37-91 e HOLTZENDORFF in *Handbuch des Völkerrechts* vol. I; pag. 31-2.

tenza 6 agosto 1881 [1], non esiste dubbio di sorta sulla volontà degli Stati di riconoscersi reciprocamente anche come soggetti di diritto privato, mentre la loro capacità di contrattare e di stare in giudizio fuori del proprio territorio corrisponde ad esigenze spesso imprescindibili del loro interno organismo.

La dottrina italiana è unanime nell' ammettere la capacità giuridica privata degli Stati stranieri [2], alla quale la Cassazione di Torino con sentenza 18 novembre 1882 [3] trovò una base nel nostro diritto positivo osservando che lo Stato, benché non figuri di nome fra i corpi morali menzionati nell' art. 2 Cod. Civ., è il corpo morale per eccellenza, che esiste per necessità di cose tanto come ente politico quanto come persona giuridica nel senso ristretto del diritto privato; e che se il

(1) *Annali*, 1882, III, 41.

(2) BORSARI, Comm. del cod. civ. it. vol. III pag. 198 e segg.; PACIFICI-MAZZONI, Istituzioni di div. civ. it. 4.ª ediz. curata da G. VENZI, vol. II (1904) pag. 238; ESPERSON, op. cit. pag. 267; FIORE, Della personalità giuridica dei corpi morali e della personalità giuridica dello Stato all' interno e all' estero, in *Giur. ital.* 1894, IV, 219 e 1895, IV, 58; IDEM, De la personnalité civile de l' Etat in *Rev. gén. de droit intern. public* 1894 pag. 247; IDEM, Consultazione sulla successione Zappa, Roma 1894 pag. 44 e segg.; IDEM, De la capacité de l' État étranger, de l' Eglise et du Saint-Siège d' acquerir par succession, in *Rev. de droit intern.* 1903 pag. 5 e segg.; MORTARA, op. cit. vol. II pag. 632; OLIVI op. cit. pag. 885-6; BIGLIATI, op. cit. pag. 336 in nota.

(3) *Giur. it.* 1883, I, 125.

nostro Stato nonostante la sua formale omissione va compreso fra i corpi morali nazionali designati dall'art. 2 Cod. Civ., anche gli Stati esteri dovranno ritenersi compresi fra i corpi morali esteri ammessi dal susseguente art. 3 sotto la generica dizione di stranieri a godere dei diritti civili in Italia.

Nello stesso senso si affermano la dottrina e la pratica in Francia [1], nel Belgio [2], in Germania [3], in Svizzera [4], in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America [5].

Fra le legislazioni non so che il Cod. civ. della

[1] LACHAU, op. cit. pag. 9-10; LAINÉ, art. cit.; WEISS, op. cit. vol. II pag. 399; BONFILS, Manuel de droit intern. public, 3.e édit. par FAUCHILLE, Paris, 1901 pag. 150-1 con numerosi richiami nelle note. Vedi anche le conclusioni del proc. gen. della Repubblica Melcot davanti alla Corte di appello di Amiens nella causa Duplessis-Bellière, in *Journal* 1893 pag. 384.

[2] La giurisprudenza belga, a partire dalla sentenza 8 febbraio 1849 (*Paricrisie* 1849, I, 221) sino all'ultima che io conosca del 20 marzo 1902 (*Journal* 1904 pag. 198) della Cassazione, ha costantemente ritenuto che lo Stato straniero esiste come persona giuridica di fronte a quello belga per il solo fatto delle relazioni diplomatiche esistenti fra di essi e implicanti il riconoscimento dello Stato straniero. Per la dottrina, oltre il LAURENT già citato, si può consultare il ROLIN, Principes de droit intern. privé, Paris 1897, vol. I, pag. 166-9.

[3] HOLTZENDORFF, op. cit. in *Handbuch des Völkerrechts* vol. II pag. 31.

[4] MEILI, Das intern. Civilprocessrecht vol. I, pag. 94.

[5] MAMELOK op. cit. pag. 108-9 e le citazioni ivi.

Repubblica Argentina, il quale riconosca espressamente la subbiettività giuridica privata degli Stati stranieri (art. 34).

La convenzione di diritto internazionale privato stipulata fra Stati sud-americani a Montevideo il 12 febbraio 1889 [1] art. 3 dispone: « Lo Stato, che ha il carattere di persona giuridica, è capace di acquistare diritti ed assumere obbligazioni nel territorio di un altro Stato in conformità alle leggi di quest' ultimo ».

Così può ben dirsi che l' Istituto di diritto internazionale non abbia fatto che seguire una consuetudine internazionale già bene stabilita, quando nella sessione di Copenhagen del 1897 propose che la personalità giuridico-privata degli Stati fosse dovunque riconosciuta col conseguente loro diritto di agire davanti a tribunali stranieri per mezzo dei loro rappresentanti ordinari [2].

Nella pratica internazionale è discusso soltanto se lo Stato straniero, che si faccia attore, sia soggetto, là dove essa ancora esiste, alla *cautio judicatum solvi.* Contro l' opinione affermativa, che sembra dominante [3], si può ben os-

[1] Sull' andata in vigore di questa convenzione nei singoli Stati contraenti vedi la notizia pubblicata in *Zeitschrift für internat. Privat-u. öffentl. Recht* 1904, pag. 550.

[2] *Annuaire,* XVI, pag. 307.

[3] Von Bar, op. cit. vol. II, pag. 391 n. 11; Weiss, Traité élémentaire de droit intern. privé pag. 760; Trochon, op. cit.

servare che nessuno dei motivi, che si adducono a giustificazione della *cautio*, si riscontrano nel caso di un'azione intentata da uno Stato straniero, non potendosi supporre che questo muova liti temerarie e vessatorie per i cittadini e dopo essersi spontaneamente assoggettato alla giurisdizione territoriale voglia in caso di soccombenza sottrarsi agli obblighi derivanti dal giudicato. La personalità, universalmente riconosciuta ed immanente, dello Stato e la sua natura di organismo etico offrono per sè maggiori garanzie che non la cauzione del privato [1].

Riconosciuta la soggettività giuridica dello Stato straniero è fondata integralmente la sua capacità di parte nel processo, non soltanto quindi la capacità di agire, ma anche quella di essere convenuto. Senonchè la questione della capacità di parte è ben diversa dall' altra circa l' esistenza

pag. 231; LACHAU, op. cit. pag. 185; BRUNET, op. cit. pag. 67-8; MEILI, op. cit. vol. I, pag. 103; FÉRAUD-GIRAUD, États et souverains; personnel diplomatique et consulaire; corps de troupe; navires et équipages; personnes civiles devant les tribunaux français. Paris, Pedone 1895, vol. I pag. 129-130. Alcuni di questi autori e alcuni dei casi da essi citati si riferiscono ai sovrani, ma i motivi addotti rendono il principio egualmente applicabile agli Stati.

[1] In questo senso vedi DRUCKER, art. cit. in *Journal* 1893 pag. 310; STREIT, L' affaire Zappa: conflit gréco-rumain, Paris, 1894, pag. 73-4; FIORE, Successione Zappa pag. 86.

della giurisdizione; onde la capacità di parte passiva dello Stato straniero non viene punto eliminata dalla dottrina, che ritiene i tribunali mancanti di giurisdizione nelle liti intentate contro Stati stranieri (1). Ciò del resto, come avremo campo di vedere in seguito, è provato all' evidenza dall' atteggiamento stesso di quella dottrina, la quale lungi dal mantenersi nella sua rigidità iniziale si fa a ricercare in quali casi il rispetto della sovranità permetta l'esercizio della giurisdizione contro Stati stranieri.

Dallo speciale punto di vista che qui c' interessa, la S. Sede si trova nella stessa posizione dello Stato straniero, a prescindere affatto dalla questione, per la quale si son versati fiumi d' inchiostro, se essa abbia come ente sovrano personalità internazionale (2). A noi basta ricordare che la personalità giuridico-privata della S. Sede è in fatto dovunque riconosciuta (in Italia questo riconoscimento ha anche base positiva nella legge delle guarentigie) per ammettere quello che del resto non è mai stato contestato, che cioè essa abbia in tutti i paesi capacità di parte attiva e

(1) Cfr. ROLIN, op. cit. vol. I, pag. 169.

(2) Vedi i miei *Enti collettivi nel dir. intern. priv.* pag. 126-153. Alla bibliografia ivi raccolta può aggiungersi quella più recente indicata da BONFILS-FAUCHILLE, op. cit. pag. 195-6 e 207.

passiva [1]. La questione della sovranità può esercitare la sua influenza soltanto nel determinare la giurisdizione dei tribunali di uno Stato nelle liti intentate contro la S. Sede [2]; ma questa determinazione, che quasi sempre si afferma in senso positivo, nulla ha che vedere colla capacità di parte passiva della S. Sede, che rimane sempre fuori discussione.

14. — In genere gli uffici dell' amministrazione statuale non hanno personalità giuridica, in quanto sono essi col loro complesso che formano la personalità dello Stato. Ma per concessione dell' ordinamento giuridico pubbliche funzioni possono essere esercitate da enti autarchici, territoriali o istituzionali, che costituiscono un' amministrazione statuale indiretta, in quanto sono pure parte del grande edificio dello Stato, ma si differenziano dai semplici uffici per la loro qualità di persone giuridiche pubbliche aventi un diritto subbiettivo all' esercizio delle loro funzioni.

L' essere le persone giuridiche pubbliche, qualunque sia il grado di autarchia di cui godono, degli organi dello Stato dà la vera ragione del riconoscimento internazionale della loro esistenza.

(1) Vedi il mio studio cit. pag. 148-150; Mamelok, op. cit. pag. 23-5; e Meili, Das intern. civil-und Handelsrecht, vol. I, pag. 253 e Das intern. Civilprozessrecht, vol. I, pag. 94.

(2) Vedi il mio studio cit. pag. 142-7 e 153.

La dottrina ha sempre usato al comune, alle altre circoscrizioni territoriali e ai pubblici istituti di uno Stato straniero lo stesso trattamento che a quest' ultimo; ma a partire dal Savigny (1) essa fonda in generale il riconoscimento, oltre i confini del territorio dove esistono, della loro capacità di diritto sul concetto di personalità necessaria. Il ragionamento ha luogo sopratutto riguardo al comune, che si considera come una creazione naturale della società, coeva all' esistenza stessa dello Stato e dotata dello stesso carattere di necessità; ma esso si estende anche alle altre circoscrizioni territoriali, le quali, poggiando pure sulla base di costanti interessi sociali e cooperando con perpetuità di scopo e con propri mezzi al bene dello Stato, si differenziano profondamente dalle altre persone giuridiche, la cui esistenza è del tutto artificiale. Senonchè il concetto di personalità necessaria, oltre a non essere per noi esauriente (non potendosi certamente applicare a tutte le persone giuridiche pubbliche), non ha affatto quel carattere di saldezza dottrinale, che sarebbe necessario per farne il punto di partenza di una teoria internazionale (2). Può dirsi

(1) SAVIGNY, Traité de droit romain, trad. GUENOUX, vol. II, § 86 pag. 235-6.

(2) Vedi in BIGLIATI, op. cit. pag. 230-253 un largo svolgimento delle varie teorie sui corpi autarchici, a cominciare da quella della scuola storica, che fa capo al Savigny, per

anzi che per gl' insegnamenti della scuola giuridica sia oggi divenuto dominante un concetto diverso, che vede nei corpi autarchici una forma di amministrazione statuale delegata e ne fa una delle categorie delle persone giuridiche di diritto pubblico. Ora poichè tutte queste persone giuridiche pubbliche, siano esse territoriali o istituzionali, hanno per caratteristica comune l' attribuzione di diritti, i quali in principio appartengono alla sfera d' impero dello Stato, e possono tutte considerarsi almeno secondariamente e indirettamente come organi dello Stato [1], la sovranità di quest' ultimo si irraggia su di esse e fa sì che il riconoscimento internazionale dello Stato contenga per necessità implicita il riconoscimento della loro capacità giuridica [2].

Per questo riguardo sono assai istruttive la dottrina e la giurisprudenza belghe, alle quali è sempre parsa giustamente essenziale la distinzione fra le persone giuridiche pubbliche e quelle

venire fino a quella della scuola giuridica, che ha nel Laband la sua più caratteristica espressione.

[1] Circa i caratteri delle persone giuridiche pubbliche vedi JELLINEK, System, pag. 251.

[2] Così DE PAEPE, Études sur la compétence civile à l' égard des étrangers, Bruxelles-Paris 1902, vol. II, pag. 274-5 e Études sur la compétence civile à l' égard des États étrangers, 1er étude n° 5.; MAMELOK op. cit. pag. 199; MORTARA op. cit. vol. II, pag. 633 nota 2; ZITELMANN, op. cit. vol. II pag. 116; MEILI, Das internat. civil-und Handelsrecht vol. I pag. 252.

di diritto privato [1]. La personalità delle prime viene considerata come un derivato della personalità dello Stato, di cui sono unità costitutive, e il suo valore estraterritoriale si rappresenta come una conseguenza del riconoscimento internazionale di cui gode il loro Stato. Le persone giuridiche pubbliche all' estero non possono avere una capacità maggiore di quella che risulta dal loro atto costitutivo; ma all' infuori di questo limite esse godono degli stessi diritti e sono sottoposte alle stesse condizioni delle persone giuridiche similari esistenti all' estero. S' intende poi che le persone giuridiche pubbliche istituite all' estero per un oggetto contrario, secondo la legge belga, all' ordine pubblico o ai buoni costumi, sarebbero inesistenti nel Belgio malgrado il riconoscimento dello Stato che le avesse istituite.

In virtù di questi motivi è costante principio il riconoscimento del diritto di agire in giudizio ai comuni stranieri, alle altre circoscrizioni territoriali e agli stabilimenti pubblici che ne dipendono [2].

[1] Cfr. ROLIN op. cit. vol. I, n.° 28 e DE PAEPE op. cit. vol. II, pag. 275-290.

[2] Vedi la giurisprudenza citata dal ROLIN op. cit. vol. I, pag. 169-170 e dal DE PAEPE op. cit. vol. II, pag. 276-7. Le più recenti sentenze da ricordare sono quelle della Corte di appello di Gand 29 giugno 1901 (*Journal* 1902, pag. 153 con nota) e della Cassazione 20 marzo 1902 (*Journal* 1904 pag. 198).

I concetti, così saldamente stabiliti nella dottrina e nella pratica, si tentò di tradurli in esplicite norme legislative. Nel suo *avant-projet* di revisione del Codice civile (art. 536) il Laurent propose di restringere l'effetto del riconoscimento dello Stato straniero ai comuni e alle provincie, pensando che soltanto comuni e provincie siano elementi necessari all'esistenza dello Stato, col quale in realtà si confondono. Fu giustamente obbiettato poco importare che le altre persone giuridiche istituite dallo Stato per il suo funzionamento gli siano meno necessarie che il comune e la provincia; basta che esse siano a suo servizio, che ne dipendano, perchè il riconoscimento dello Stato straniero implichi anche quello di tali persone civili, se delle similari esistono in Belgio: il riconoscimento dello Stato straniero, si disse, non sarebbe completo sè non comprendesse quello delle persone giuridiche pubbliche da esso fondate per servire alla sua amministrazione. Così il progetto della Commissione di revisione del Codice civile all'art. 13 tit. 1° lib. I portava: « Les États étrangers, les provinces et les communes étrangères, ainsi que les établissements qui leur sont subordonnés exercent en Belgique les droits civils que la loi étrangère leur reconnaît ». Da questa disposizione in conformità alla dottrina comunemente accolta rimanevano eccettuate le persone giuridiche, che

pur avendo uno scopo di pubblica utilità non sono incaricate di un pubblico servizio dallo Stato, dal comune o dalla provincia.

La dottrina, a cui abbiamo accennato con riferimento al Belgio, dove ha avuto sviluppo maggiore che altrove, viene in sostanza accolta dovunque nonostante il silenzio quasi costante delle legislazioni [1]; così chè può ben dirsi che l'Istituto di diritto internazionale non abbia fatto altro che dare forma concreta e precisa ad una consuetudine internazionale già esistente, quando nella sezione di Copenhagen del 1897 prese le risoluzioni seguenti [2]:

Art. 1° « Les personnes morales publiques reconnues dans l'État où elles ont pris naissance, sont reconnues de plein droit dans tous les autres États ».

Art. 2° « En conséquence, dans tous les cas, les personnes morales publiques étrangères ont

[1] Cfr. Meili, Das int. Civ.-u. Hand.-R. vol. I, pag. 253. Solo, ch' io sappia, il codice civile argentino ha in proposito una disposizione esplicita all' art. 34 del seguente tenore: « Son tambien personas jurídicas los estados extranjeros, cada una de sus provincias ó municipios, los establecimientos, corporationes ó asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior », il quale si riferisce alle persone giuridiche nazionali.

[2] *Annuaire* XVI, pag 307. I lavori dell' Istituto sull' argomento si trovano nello stesso *Annuaire* XIV pag. 168 e segg.; XV pag. 74 e segg.; XVI pag. 279 e segg.

le droit d'ester en justice, comme demanderesses ou comme défenderesses, devant les tribunaux de tous les États par l'entremise de leurs représentants ordinaires. Elles sont représentées dans les actes de la vie civile conformément à leur loi nationale ».

L'applicazione di questi principî presenta una sola difficoltà, consistente nel determinare se in base alla legge straniera si tratti veramente di una persona giuridica pubblica o non piuttosto di un semplice ufficio di amministrazione statuale sprovvisto di personalità indipendente. Qualche volta la caratterizzazione in un senso o nell'altro può essere dubbia e soggetta a contestazione nella dottrina e nella giurisprudenza dello Stato stesso, a cui l'ente od ufficio appartiene (1). Il compito del giudice straniero diventa allora estremamente delicato. Ma io penso che molte difficoltà saranno eliminate escludendo la personalità indipendente e quindi la capacità di parte processuale, se esse non risultino in modo chiaro

(1) Si ricordi per es. a quanti dubbi in alcuni Stati si presti la caratterizzazione giuridica delle Università. In Italia la giurisprudenza ha dichiarato che queste ultime sono semplici organi del potere centrale incaricati di adempiere ad un pubblico servizio e, non avendo quindi personalità giuridica autonoma, non hanno veste per intentare azioni in giudizio. Vedi in tal senso la sent. 13 febbraio 1903 del Trib. di Palermo in *Foro it.* 1903, I, 748 con nota contraria del prof. Baviera.

ed esplicito dalla legge straniera, a prescindere dalle variabili interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza [1].

15. In base ai criterî già fissati, per determinare la capacità di parte delle persone giuridiche straniere occorre previamente stabilire come si riconosca la loro esistenza ossia la loro capacità di diritto in generale. La risoluzione di tale questione preliminare, che per l'oggetto speciale della nostra ricerca andrà in ristretti confini, è in fatto evidentemente influenzata dalle varie e molteplici dottrine, che si disputano il campo della filosofia del diritto circa la natura delle persone giuridiche [2]; ma l'opinione fortunatamente dominante, secondo la quale l'esistenza delle persone giuridiche si giudica in base alla legge dello Stato al quale esse appartengono senz' uopo d' intervento alcuno da parte dello Stato ove esse vogliono compiere atti giuridici, è conciliabile con qualunque di quelle dottrine.

[1] Sulla posizione giuridica degli organi amministrativi centrali delle Unioni internazionali vedi quanto ebbi altra volta a scrivere negli *Enti collettivi* pag. 119-123 e quanto, in senso discordante dal mio, ha scritto il Mamelok op. cit. pag. 203-210.

[2] Credo qui inutile riferire la infinita bibliografia sulle persone giuridiche in genere. Chi pure volesse averne una potrebbe consultare quella che recentemente i proff. Chironi e Abello hanno dato nel loro Trattato di dir. civ. it. vol. I, pag. 136-7 in nota.

Il che è pure una prova della sua saldezza scientifica.

È noto che accanto alla *teoria della finzione*, che per lungo tempo dominò incontrastata il campo delle persone giuridiche, sono sorte con tendenza invadente le cosiddette *teoriche della realtà*. Le quali tuttavia sono molteplici e fra loro disformi e improntate ad elaborazioni subbiettive, in guisa da permettere ad un valoroso ed acuto giurista di constatare che « fin qui, contro tutte le numerose dottrine così dette *della realtà*, quella sola *della finzione* può vantarsi di esser stata, rispetto al diritto positivo e alla giurisprudenza pratica, una dottrina *reale* » [1]. Di fronte a quella lotta dottrinale e più ancora di fronte a questa constatazione è necessario dimostrare che il riconoscimento dell' esistenza estraterritoriale delle persone giuridiche non è punto legato necessariamente all' idea fondamentale che tutte ispira le teoriche della realtà, essendo perfettamente consentito anche dalla teoria della finzione. Su quest' ultima, come è noto, si fondava il Laurent [2], che fu il primo e

[1] Ruffini, La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in F. C. di Savigny. Estratto dalla parte 2ª del volume in onore di F. Schupfer, Torino, Bocca 1898 pag. 32.

[2] Principes de droit civil vol. I, n.° 299 e segg. 306 e segg.; Droit civ. intern. vol. IV, n.° 100 e segg. 119 e segg.

più vivace sostenitore della tesi negativa ed esercitò una forte influenza sul movimento delle opinioni in questa materia ([1]). Secondo il Laurent le persone giuridiche hanno necessariamente un' esistenza limitata allo Stato, che le ha create per uno scopo di utilità pubblica cioè a dire nazionale, come necessariamente limitata entro l' ambito, in cui impera, è la potenza creatrice dello Stato, la quale non può certo giungere a dare al *nulla* un' esistenza internazionale. Fu benissimo osservato in contrario, che voler dedurre dal concetto, secondo il quale le persone giuridiche sono una mera creazione della legge, che la loro esistenza deve spirare dove termina l' autorità dello Stato che le costituì, è come negare il principio fondamentale stesso, su cui riposa la norma del diritto internazionale privato e cioè che l' autorità delle leggi non rimane necessariamente ristretta nei confini del territorio dove furono promulgate. Se le persone giuridiche, la cui creazione corrisponde ad un' esigenza comune a tutti gli Stati civili, per il raggiungimento dei loro scopi hanno bisogno di esercitare

([1]) Un largo seguito ebbe il Laurent particolarmente nella dottrina franco-belga: cfr. WEISS, Traité théorique et pratique vol. II, pag. 393; ROLIN, op. cit. vol. I, n.° 27; FÉRAUD-GIRAUD, op. cit. vol. II, pag. 325; DE PAEPE, Études sur la compétence civile à l' égard des étrangers, vol. II, pag. 268 e segg.

diritti all'estero, si possono invocare le identiche ragioni di comunanza giuridica e di interesse reciproco, che fanno accogliere universalmente la espansione dello statuto personale [1].

Già il Brocher aveva dimostrato per il primo come gravi necessità sociali reclamino che l'attività delle persone giuridiche non sia ristretta nei limiti del territorio, nel quale esse trovansi stabilite, concludendo che « se è vero che la personificazione può rendere grandi servizi allo sviluppo sociale, bisogna vedere in essa un compito comune, per l'attuazione del quale le sovranità devono prestarsi reciproco aiuto » [2]. Più esplicitamente ancora aveva parlato il De Martens, per il quale dare alle persone giuridiche un significato ed un valore giuridico internazionale non è altro che un rispettare il principio della comunanza di diritto fra le nazioni, la quale, se si avvera in rapporto agl'interessi dei privati, deve molto più avverarsi nel campo degl'interessi e dei rapporti sociali [3]. Da ultimo il Pillet ha insistito sull'analisi dei bisogni sociali, che conducono fatalmente al riconoscimento delle

(1) FUSINATO, Rivista della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina italiana dell'anno 1889 in materia di diritto internazionale; Milano, Vallardi, 1891 pag. 25-31.

(2) BROCHER, Cours de droit international privé vol. I, pag. 177-8.

(3) F. DE MARTENS, op. cit, vol. II. pag. 284-5 e 425-7.

persone giuridiche create all'estero: se la personalità giuridica, egli dice, è giudicata necessaria all'uomo isolato per raggiungere i suoi scopi, essa non è meno necessaria agli uomini riuniti in società; lo scopo essendo da una parte e dall'altra lo stesso, non si concepisce perchè la personalità accordata agli uni sarebbe arbitrariamente rifiutata agli altri [1].

Per chi parte da un punto di vista realistico queste conclusioni hanno una forza anche più convincente. Così per il von Bar il riconoscimento delle persone giuridiche straniere s'impone, perchè esse lungi dal costituire qualche cosa di artificiale devono essere considerate come il prodotto naturale di uno stato di diritto e di civiltà arrivato a un certo sviluppo [2]. Egualmente il Fiore, intendendo le persone giuridiche come veri organismi umani, che il legislatore trova formati in conseguenza del naturale sviluppo dell'attività dell'uomo, riconosce impossibile ridurre al nullà oltre i confini territoriali dello Stato quella personificazione, che trova la sua vera ragion d'essere nella stessa personalità umana, nel suo più completo e più grande sviluppo [3]. Nello stesso ordine di idee è il Lainé,

[1] PILLET op. cit. pag. 181-2.

[2] VON BAR, op. cit. vol. I, pag. 301-2.

[3] FIORE, art. cit. in *Giur. it.* vol. XLVI-XLVII e Trattato di diritto internazionale privato 3ª ediz. vol. I pag. 315.

il quale parte come postulato fondamentale dal concetto che le persone morali non sono altro che modalità della vita giuridica delle persone naturali; e riservando il valore del principio di territorialità soltanto all' esplicamento della funzione loro caratteristica, ammette la piena estraterritorialità della loro capacità giuridica indipendentemente da ogni nuovo riconoscimento [1]. Alle identiche conclusioni arriva il Michoud, il quale osserva che in sostanza la persona giuridica è un rapporto giuridico e non vi è alcuna ragione per trattare dal punto di vista internazionale questa volontà altrimenti che ogni altra volontà moventesi entro i limiti della capacità riconosciuta dalla legge competente [2].

Dal riconoscimento dell' esistenza delle persone giuridiche straniere deriva senz' altro la loro capacità di parte nel processo. Si può anzi dire che questa capacità è la prima e necessaria

Si noti tuttavia che il Fiore, se nega che la persona giuridica debba essere ricreata tante volte quanti sono i singoli Stati, nei quali essa vuole esercitare dei diritti, ammette che le esigenze del diritto pubblico impongano allo Stato territoriale il rilascio, con la forma dell' autorizzazione espressa o tacita, di un *nulla osta*, affinchè l' ente straniero possa esistere come personificato ed esercitare i propri diritti a norma della sua capacità giuridica.

[1] Lainé, art. cit. in *Journal* 1893 pag. 273.

[2] Michoud, art. cit. in *Rev. gén. de droit. intern. pub.* 1894 p. 193.

conseguenza di quel riconoscimento, rappresenta il minimo di capacità giuridica che si deve ammettere nelle persone giuridiche straniere [1]. Su ciò l'accordo è generale [2]; e i motivi ne sono evidenti. Negando infatti alle persone giuridiche straniere il diritto di stare in giudizio, non soltanto si arriverebbe a paralizzare completamente la loro azione nel territorio, senza distinzione fra quello che può avere di dannoso e quello che può avere di inoffensivo, ma si impedirebbe ad esse di reclamare l'effetto di atti regolarmente passati all'estero, il che sarebbe di una severità che passa ogni misura, privando in definitiva i cittacini stessi, di cui le corporazioni straniere si compongono, dei diritti legalmente acquisiti. E si nuocerebbe anche ai terzi, mettendoli nella

[1] MAMELOK op. cit. pag. 78-9.

[2] La discussione si limita al punto di decidere se il diritto di stare in giudizio sia non soltanto la prima, ma anche la *sola* conseguenza necessaria del riconoscimento delle persone giuridiche straniere. Così decidono infatti il MAMELOK op. cit. pag. 79 e il ROLIN op. cit. vol. I pag. 176; mentre gli autori precedentemente citati per la massima parte accordano senz'altro anche la capacità di contrattare come conseguenza necessaria della riconosciuta personalità giuridica. La decisione è varia nei diversi paesi e secondo le varie specie di persone giuridiche straniere; ma sembra possa considerarsi come eccezionale il sistema, che nega la produzione di effetti nuovi della personalità straniera, limitando la sanzione soltanto agli effetti già prodotti all'estero.

impossibilità di far valere contro queste associazioni i diritti che hanno acquistati [1]. La giurisprudenza francese, per cui l'interesse dei nazionali è troppo spesso un motivo di decisione contrario alla giustizia internazionale, per rimediare a quest'ultimo inconveniente ha immaginato di permettere ai terzi di perseguire tali società reputate da essa esistenti in fatto, mentre si ostina a negare ad esse ogni azione in qualità di attrici [2]. Ma tale opinione, la quale non vede che un lato della questione, pecca d'ingiustizia ed è sufficientemente condannata da quanto abbiamo sopra osservato.

Fin qui abbiamo posto il principio che la capacità di parte, attiva e passiva, di una persona giuridica straniera, non diversamente da quanto avviene per le persone fisiche, va giudicata in base alla sua legge nazionale, perchè appunto in base alla legge nazionale si giudica della sua esistenza. Contro tale dottrina, assolutameute dominante, si eleva lo Zitelmann, il quale, applicando in proposito un principio già svolto per

(1) von Bar, op. cit. vol. I, pag. 303. Cfr. anche Rolin op. cit. vol. I pag. 176.

(2) Vedi Cass. 1° agosto 1860 (*Sirey* 1860, I, 865) e 14 maggio 1895 (*Sirey* 1896, I, 161 con nota di Lyon-Caen); Despagnet, op. cit. pag. 121; Pillet, op. cit. pag. 185 in nota, dove l'A. chiama tale giurisprudenza assurda e inescusabile.

il regolamento della capacità delle persone fisiche, ritiene in massima che per decidere se una data persona giuridica è riconosciuta come esistente, cioè come capace, deve considerarsi la legge che impera sul singolo diritto, per il quale la capacità giuridica viene in questione; in altri termini quella stessa legge, che ricollega un dato effetto all' esistenza di una persona giuridica, deve anche determinare se esista una persona giuridica, di guisa che per es. lo statuto reale deve determinare se una persona giuridica è capace di acquistare proprietà fondiaria, la legge personale del testatore se essa è capace di raccogliere per successione e così via [1]. Ma questo, che lo Zitelmann chiama del *Wirkungsstatut*, è un principio fondamentale di diritto internazionale privato, cioè esso vale solo allora che viene in questione la capacità di diritto della persona giuridica in relazione al diritto privato materiale, non invece quando viene in questione la capacità di diritto processuale, ossia la capacità della persona giuridica di prendere parte in un processo come attrice o convenuta. Poichè, dice lo Zitelmann, il processo è regolato in sostanza puramente secondo i principî fondamentali della *lex fori*, la capacità di parte di una persona giuridica straniera deve giudicarsi — per l' appunto

[1] ZITELMANN op. cit. vol. II, pag. 112-113 e 120-122.

come per le persone naturali — secondo il diritto processuale dello Stato a cui appartiene il giudice e non secondo lo statuto personale della persona giuridica o secondo il diritto che è il *Wirkungsstatut* per l'oggetto della controversia giuridica. Non è in alcun modo necessario che i principî fondamentati del diritto privato dello Stato, dove il processo si svolge, sul riconoscimento giuridico materiale delle persone giuridiche straniere e quelli del diritto processuale dello Stato stesso sulla loro capacità di parte vadano d'accordo rispetto al loro contenuto; non è neppure desiderabile che così sia, che cioè il diritto processuale interno relativamente alla *Parteifähigkeit* delle persone giuridiche straniere rinvii ai principî di diritto materiale, che il suo proprio ordinamento giuridico contiene sul riconoscimento della capacità di diritto delle persone giuridiche straniere. Sarebbe piuttosto opportuno che il diritto interno riconoscesse la *Parteifähigkeit* dell'ente collettivo straniero almeno sempre allora quando questo possa essere un possibile subbietto del rapporto giuridico materiale contestato, in altre parole quando il *Wirkungsstatut* lo riconosce come persona giuridica e quindi come giuridicamente capace dal punto di vista del diritto materiale. Ciò evita una stridente contraddizione e non pregiudica affatto il giudizio di diritto materiale, se l'ente straniero abbia

validamente acquistato come persona giuridica il diritto invocato. La sola eccezione da fare, secondo lo Zitelmann, è quella riguardante il caso in cui l'ordinamento giuridico territoriale considera l'ente straniero in sè come moralmente pericoloso [1].

Il determinare l'azione inibitoria, che il principio d'ordine pubblico deve esercitare circa la capacità di parte delle persone giuridiche straniere, è problema grave e delicato. A me pare rigore eccessivo il negare quella capacità ad enti stranieri del genere di quelli, a cui il diritto pubblico dello Stato, al quale il giudice appartiene, ha tolta la personalità o comunque la personalità non potrebbe accordare. Penso col von Bar che non si debba prendere in considerazione lo scopo generale dell'ente straniero, riprovato dall'ordine pubblico territoriale, e che si possa quindi riconoscere la capacità di parte anche ad una comunità religiosa straniera, che nello Stato dove si svolge il processo non potrebbe avere la personalità. Come un atto giuridico di quella comunità isolatamente considerato non ha scopo proibito dall'ordine giuridico territoriale, così non può ammettersi che questo venga leso dal riconoscimento della capacità di far valere giu-

[1] Zitelmann op. cit. vol. II, pag. 123-4.

dizialmente un diritto acquistato in conseguenza di quell'atto giuridico [1].

Vediamo ora come le leggi dei diversi paesi risolvano la questione dell'esistenza estraterritoriale delle persone giuridiche e come sia possibile riscontrarvi gli elementi di una vera e propria consuetudine internazionale [2]. Non perdendo di vista il nostro scopo preciso e limitato non andremo nelle nostre ricerche oltre quanto è necessario per constatare l'esistenza di norme circa la capacità di diritto delle persone giuridiche

[1] von Bar op. cit. vol. I pag. 311. In questo senso si sono pronunciate la dottrina e la giurisprudenza in Italia, come ho largamente esposto nei miei *Enti collettivi* pag. 174-9 e 208-210. Vedi anche per la Francia una sentenza della Corte di appello di Rouen in *Journal* 1902 pag. 802. In contrario Mamelok op. cit. pag. 72-5 e la sentenza 19 dic. 1902 del Trib. civ. di Ginevra riferita dal Meili op. cit. vol. I pag. 92-3 (cfr. anche le precedenti pag. 90-1).

[2] Cfr. Asser-Rivier op. cit. pag. 198; von Bar vol. I pag. 302; Mamelok op. cit. pag. 35-6. Quest'ultimo scrittore si fa a mostrare (pag. 34-5) in qual senso deve intendersi questo diritto consuetudinario internazionale; il che è pure interessante, in quanto l'intesa su tal punto generale può rendere vane molte critiche negative circa l'esistenza di una consuetudine internazionale sul riconoscimento delle persone giuridiche straniere. Vedi per es. lo Zitelmann (op. cit. vol. II pag. 115), il quale crede di poter negare tale consuetudine unicamente perchè la questione del riconoscimento deve risolversi secondo il diritto positivo dei singoli paesi e non in modo generale.

straniere [1], donde deriva la loro capacità di parte processuale attiva e passiva.

a) In Italia la maggior parte della dottrina ritiene che in base al nostro diritto positivo le persone giuridiche straniere mantengono presso di noi la loro personalità senza bisogno di un nuovo riconoscimento da parte del nostro Stato e godono quindi senz' altro della capacità di agire e di essere convenute davanti ai nostri tribunali. I nostri scrittori infatti in grande prevalenza ritengono che la parola *straniero* dell' art. 3 Cod. civ. si applica non soltanto alla persona fisica, ma anche alla persona giuridica, non essendo lecito all' interprete fare una distinzione che il legislatore non fa e notando che l' art. 3 vien dopo l' art. 2, per il quale i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. Partendo dal concetto che le disposizioni del nostro Codice relative allo straniero contemplano lo straniero come soggetto di diritto e quindi si applicano

[1] Sulla determinazione della nazionalità delle persone giuridiche vedi i miei *Enti collettivi* pag. 160-3 e 166-9; FADDA, La nazionalità delle persone giuridiche (Memoria letta all' Accademia delle scienze morali e politiche di Napoli; estratto dal vol. XXXIV degli Atti della stessa Accademia); JELLINEK, System pag. 160 e segg.; MAMELOK op. cit. pag. 20-22, 25-7; ARMINJON, Nationalité des personnes morales, in *Revue de droit intern.* 1902 pag. 381-441.

a tutti coloro che secondo la legge estera sono riconosciuti come soggetti di diritto (art. 6 disp. prel.), la nostra prevalente dottrina ammette che le persone giuridiche straniere alla stessa stregua dei privati stranieri hanno davanti ai nostri tribunali la capacità di parte attiva e passiva [1].

La nostra giurisprudenza, dapprima conforme a questa dottrina [2], cambiò poi rotta decisamente [3] adducendo questi motivi:

[1] GIANZANA, op. cit. vol. I, parte 1ª, n.° 59; ESPERSON, op. cit, n.° 179, pag. 266-278 e *Journal* 1879, pag. 329; LOMONACO in *Filangieri*, 1885, I, 379-386; FUSINATO, Riv. cit., pag. 29-31: VITALI, Trattato delle successioni legit. e testam., Napoli 1891, vol. I pag. 442-3; BIANCHI, Elem. di dir. civ., vol. I, § 218; FIORE, Dir. intern. priv., vol. I, pag. 300 e segg. e Delle disposiz. gen. sulla pubblicazione, interpretaz. ed applicaz. delle leggi, vol. II pag. 58-9; GIANTURCO, Sistema di dir. civ. it. 2ª ediz. vol. I pag. 106 nota 1; CONTUZZI, Il Cod. civ. nei rapporti di dir. intern. priv. vol. I pag. 106-112; FADDA e BENSA nelle note al WINDSCHEID vol. I pag. 821; ELENA, op. cit. pag. 57-60; RATTO in *Legge*, 1898,I, 318; SCADUTO in *Riforma sociale*, 1898, pag. 442; MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 631; OLIVI, op. cit. pag. 880-5; VENZI nelle note alle Istituzioni di dir. civ. it. del PACIFICI-MAZZONI 4ª ediz. vol. II pag. 41-2 e 260-1.

[2] Vedi app. Palermo, 30 ag. 1875 (*Legge* 1876, II, 53); Cass. Roma, 27 febbraio 1878 (*Legge* 1878, II, 199); app. Genova, 6 ag. 1881 (*Giur. it.*, 1882, II, 66); Cass. Torino 18 nov. 1882 (*Giur. it.* 1883, I, 1, 125); Cons. di Stato, 7 giugno 1884 (*Legge* 1884, II, 355 e gli altri pareri ivi citati); app. Roma, 4 ag. 1885 (*Legge* 1886, I, 452); Cass. Firenze, 25 luglio 1886 (*Annali*, 1886, I, 1, 349).

[3] Cons. di Stato S. U., 2 giugno 1888 (*Foro it.*, 1888, III, 55); Cass. Roma, 2 luglio 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 1137)

1° I corpi morali, a differenza degli individui, non sono persone che per finzione della legge positiva e però non hanno legale esistenza oltre i confini dello Stato che li ha riconosciuti. Da questo principio razionale deriva l'esclusivo riferimento dell'art. 3 Cod. civ. alle persone fisiche, la cui eguaglianza risulta indipendentemente dal luogo di nascita.

2° L'art. 2 Cod. civ., apponendo la condizione del legale riconoscimento al godimento dei diritti civili, non distingue fra enti costituiti nel Regno ed enti stranieri, nè tale distinzione avrebbe potuto fare per non collocare questi ultimi in posizione privilegiata di fronte ai primi.

3° Deve escludersi ogni favorevole deduzione dall'art. 6 disp. prel., perchè nella specie

app. Casale, 17 febbraio 1899 (*Giur. it.*, 1899, I, 1, 210 e *Foro it.*, 1899, I, 467); Cass. Torino, 21 dic. 1897 (*Giur. it.*, 1898, I, 1, 165 e *Foro it.*, 1898, I, 104) e 21 dic. 1899 (*Giur. it.*, 1900, I, 1, 92); Cons. di Stato 3 luglio 1903 (*Giur. it.* Rep. 1903 v. Enti morali n.° 4). — La teoria restrittiva adottata dalla più recente giurisprudenza ha avuto nella dottrina i seguenti sostenitori: MANCINI, Relazione sul Cod. di com. del 1882, pag. 462 e segg.; RICCI in *Bettini*, 1882, II, 66 n.; PACIFICI-MAZZONI, op. e ediz. cit. vol. II, pag. 237-8; CATELLANI, op. cit., 1ª ediz., vol. II, pag. 280 e segg.; BIANCHI, Corso di dir. civ., vol. I, n.° 4; GIORGI, op. cit., vol. I, n.° 187 e segg. e *Foro it.*, 1889, I, 1137 n.; PIERANTONI, in *Rassegna di dir. comm.*, 1884-85, pag. 1-29 e in *Rev. de droit intern.*, 1903, pag. 260-2; MANARA, Delle soc. e delle associaz. comm. vol. II sez. 1ª (Torino 1902) pag. 422-3; CHIRONI e ABELLO, op. cit., vol. I, pag. 153 n. 1 e 223-4.

non trattasi di riconoscere quale legge debba applicarsi riguardo alla capacità di una persona, ma bensì di ricercare se la persona, a cui la capacità stessa vorrebbesi attribuire, esista legalmente nel Regno; sopratutto poi perchè all'applicazione dell'art. 6 si oppone l'art. 12 disp. prel., essendo il riconoscimento delle persone giuridiche attinente al diritto pubblico interno. Infatti la finzione legale, che crea una personalità giuridica, ha la sua giustificazione in un fine, che è sempre nazionale e della cui legalità e convenienza è giudice esclusivo il potere sovrano; non se ne può quindi ammettere il valore estraterritoriale per il principio della reciproca indipendenza degli Stati, a cui le diverse condizioni consigliano un diverso uso del loro potere.

Dal principio generale, per cui la personalità giuridica di enti stranieri deve ritenersi per noi inesistente, se essa non è stata riconosciuta dal nostro Stato e dal nostro diritto pubblico, la giurisprudenza ha necessariamente dedotto che senza tale riconoscimento quegli enti non possono esercitare in Italia alcun diritto e quindi neppure agire davanti ai nostri tribunali [1].

[1] Questa conseguenza specifica trassero la Cass. di Roma e quella di Torino nella sent. 21 dic. 1897, la quale ritenne irricevibile anche d'ufficio un ricorso avanzato da una persona giuridica straniera non riconosciuta espressamente nel Regno, sebbene nei giudizi di merito non si fosse sollevata alcuna eccezione in proposito.

b) In Francia, dove non esiste in proposito alcuna esplicita norma legislativa, la dottrina fu dapprima favorevole all'esistenza estraterritoriale delle persone giuridiche [1], subì poi l'influenza della teoria restrittiva del Laurent [2], s'indusse infine in tempi più recenti ad un ritorno all'antica liberalità [3]. A quest'ultima s'ispira prevalentemente anche la giurisprudenza, la quale constatata l'esistenza della persona giuridica in base alla legge straniera le riconosce senz'altro il diritto di stare in giudizio davanti ai tribunali francesi invocando l'applicazione dell'art. 15 Cod. civ. [4].

c) Nel Belgio la maggioranza degli scrittori [5] segue ancora fedelmente le orme del Laurent, il

[1] Cfr. ad esempio MERLIN, Rép. Mainmorte, § VII, n.° 2 e FOELIX, Traité du droit intern. privé, n.° 31.

[2] Cfr. ad es. il WEISS, op. cit. vol. II, pag. 389 e segg.; AUBRY et RAU, Cours de droit civil francais, 4ª ediz., vol. I, pag. 188.

[3] DESPAGNET, op. cit., pag. 80-2; BARD, Précis de droit international, pag. 197; VINCENT et PÉNAUD, Dictionnaire de droit intern. privé v. Personnes civiles, n.ⁱ 8 e 9; PINEAU, Des sociétés commerciales en droit internat. privé, Paris, 1894, pag. 9-17; LYON-CAEN in *Rev. critique*, nouv. sér., vol. XXIII, pag. 490 e segg.; WAHL in *Journal du Palais*, 1900, IV, 24.

[4] Fra le molte vedi le sentenze della Cassazione in data 12 luglio 1893 (*Sirey*, 1895, I, 443) e 17 luglio 1899 (*Journal du Palais*, 1900, pag. 339).

[5] WOESTE et LEJEUNE in *Journal*, 1893, pag. 1123 e segg.; ROLIN, op. cit., vol. I, n.° 27; DE PAEPE, op. cit., vol. II, pag. 268 e segg.

quale nell' art. 536 dal suo *avant-projet* di revisione del Codice civile propose si determinasse che le corporazioni straniere diverse dallo Stato, dalle provincie e dai comuni, salvo disposizione contraria nei trattati, non hanno esistenza legale nel Belgio che per mezzo di una autorizzazione, che il governo può dare e anche sempre ritirare. La Commissione di revisione del codice civile nel secondo paragrafo dell' art. 13 del tit. 1° lib. I del suo progetto propose invece che, salvo disposizione contraria nelle leggi o nei trattati, i corpi morali costituiti all' estero che non sono subordinati agli Stati stranieri, alle loro provincie o ai loro comuni, hanno esistenza legale, se le istituzioni similari stabilite nel Belgio vi godono il privilegio della personificazione civile; in tal caso essi sono ammessi a esercitare i diritti civili, che tengono dalla legge straniera, sotto le condizioni e le restrizioni imposte nel Belgio ai corpi morali dello stesso genere. Tale proposta fu soggetta a molte e diverse critiche. Da un lato si osservò che il voler sottoporre la concessione dei diritti civili alla condizione che la persona giuridica abbia lo stesso scopo, che hanno alcune persone giuridiche nazionali, e che si sottoponga alle norme legali, che regolano queste ultime, è un disconoscere il principio della comunità di diritto, è un credere che fuori degli scopi ammessi nel Belgio tutti gli altri siano illeciti e che la

propria opera legislativa sia dotata di un merito superiore a quello delle legislazioni straniere [1]. D'altra parte si vorrebbe fosse mantenuto il sistema finora seguito, si mantenesse cioè la necessità di un riconoscimento speciale per tutte le persone giuridiche straniere, comprese quelle che sono similari a delle persone giuridiche riconosciute dalla legge belga (eccettuate, s'intende, le persone giuridiche incaricate di un ser vizio pubblico) [2].

Quanto alla giurisprudenza è notevole la sentenza 22 luglio 1847 della Cassazione, la quale ritenne che il principio proclamato dal § 3 dell'art. 3 Code civil si applica tanto alle persone morali che a quelle fisiche, non essendo fatta eccezione per le prime e non essendo neppure per queste come per le persone naturali conveniente modificare la loro capacità secondo le leggi dei diversi paesi, ove dovrebbero esercitare dei diritti. Aggiunse che non vale obbiettare essere la persona giuridica il portato di una finzione della legge, che deve cessare i suoi effetti là dove la legge stessa perde il suo impero, perchè se è vero che le persone naturali a differenza delle giuridiche esistono per sè stesse, il

(1) Laurent, Droit civ. intern., IV, n.° 207, pag. 267-8; van Berchem in *Revue de droit intern.*, 1889, pag. 5.

(2) de Paepe, op. e vol. cit., pag. 287-9.

loro stato e la loro capacità non sono meno regolati dalle leggi civili, come la capacità degli enti morali, e non vi è più ragione in un caso che nell'altro di disconoscere al di fuori del loro paese l'autorità di queste leggi, che tutte fanno parte di statuti personali. Ma ben presto la Cassazione cambiò avviso e nella sentenza altre volte citata 8 febbraio 1849, partendo dalla teoria restrittiva che fa capo al Laurent, rifiutò alle società anonime legalmente stabilite in Francia, ma non autorizzate dal governo belga, quel diritto di stare in giudizio nel Belgio che aveva loro accordato nella sentenza precedente [1].

d) In Olanda la giurisprudenza, dapprima oscillante, nel 1866 con una sentenza dell'Alta Corte si fissò nel senso, ormai divenuto definitivo, di riconoscere l'esistenza delle persone giuridiche straniere legalmente costituite nel loro paese d'origine [2].

e) In Germania prima dell'attuazione del nuovo Cod. civ. la capacità delle persone giuridiche straniere veniva senz'altro giudicata secondo le leggi del domicilio ossia del luogo dove esse avevano la loro sede. Questo principio fu seguito senz'altro dal Gebhard nei suoi due progetti sulla parte in–

[1] *Pasicrisie*, 1847, I, 392.

[2] ASSER-RIVIER, op. cit., pag. 189; MOLENGRAAF, De la condition des sociétés étrangères dans les Pays-Bas in *Journal*, 1888, pag. 619; LESKE u. LOEWENFELD, I, 504.

troduttiva al nuovo codice civile (§ 6) e dal Niemeyer nel progetto (§ 5) da lui redatto per il concorso bandito dalla Società giuridica di Berlino sull' argomento dei principi di diritto internazionale privato da introdursi nel nuovo codice civile. I progetti di questo codice in prima e seconda lettura riconfermarono entrambi, che la personalità giuridica deve essere giudicata secondo la legge del luogo; dove la persona giuridica ha il suo domicilio; e il progetto in seconda lettura riassumendo la dottrina tradizionale aggiungeva (§ 2237) che un' associazione, la quale secondo la legge germanica non può ottenere la capacità giuridica che mediante un' iscrizione nel registro delle associazioni o un' autorizzazione del governo, non è reputata capace, se essa ha la sua sede all' estero, che in quanto la sua capacità è riconosciuta in uno degli Stati confederati; e in tal caso il riconoscimento e i suoi effetti sono retti dalla legislazione di questo Stato [1].

L' art. 10 della legge d' introduzione al nuovo codice civile [2], che tratta del riconoscimento

[1] NEUMANN, Internat. Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien, Berlin 1896, pag. 4, 64 e segg.; NIEMEYR, op. cit., pag. 4, 179-183 e 275; LEHR, Le droit intern. privé dans le second projet du Code civil allemand, in *Revue de droit international,* 1895, pag. 327.

[2] Quest' articolo è del seguente tenore: « Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande

delle persone giuridiche straniere, si riferisce soltanto a quelle società private, che nel territorio tedesco possono ottenere la personalità solo a norma dei §§ 21 e 22 del B. G.-B., cioè a quelle società che, se hanno il loro domicilio in Germania, hanno bisogno per ottenere la capacità giuridica della iscrizione nel registro delle società (§ 21) o della concessione della personalità giuridica da parte dello Stato (§ 22). Esso determina che tali società possono essere riconosciute nel territorio dell' impero, quando hanno la personalità secondo il diritto del loro Stato d' origine e in pari tempo abbiano ottenuto un' autorizzazione del Bundesrat. Questi due requisiti devono essere simultanei, l' uno senza l' altro non basta e in modo speciale la mancanza di capacità giuridica secondo la legge nazionale non può essere supplita dal riconoscimento del Bundesrat. Secondo la più autorevole dottrina l' art. 10

nür nach den Vorschriften der §§ 21, 22 des B. G.-B. erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluss des Bundesrats anerkannt ist. Auf nicht anerkannte ausländische Vereine der bezeichneten Art finden die Vorschriften über die Gesellschaft sowie die Vorschrift des § 54, Satz 2, des B. G.-B. Anwendung ». Vedi per il commento di questa disposizione PLOTKE, Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen nach dem B. G.-B. und einzelnen Ausführungsgesetzen zum B. G.-B., nella *Zeitschrift für internat. Priv.-u. Strafrecht* vol. X pag. 211 e 269; MAMELOK op. cit. pag. 37-8; ZITELMANN op. cit. vol. II pag. 117-9; BUNSEN op. cit. pag. 118.

si applica soltanto quando il rapporto giuridico contestato, in occasione del quale si deve giudicare della capacità di una società straniera, è secondo le regole di diritto internazionale privato sottoposto al diritto tedesco, o quando la società straniera è in altro modo in rapporto immediato col territorio tedesco, specialmente quando vengono in contestazione atti giuridici da essa compiuti nel territorio tedesco, per quanto soggetti a diritto straniero. Così una società, che ha la personalità secondo la sua legge nazionale, anche se non è riconosciuta come persona giuridica in Germania in base all' art. 10 della legge d' introduzione, può pretendere dai tribunali tedeschi il riconoscimento degli effetti della sua legale esistenza all' estero e quindi agire in giudizio ed esservi convenuta per rapporti giuridici contratti all' estero [1].

Quanto alle persone giuridiche straniere, alle quali non può applicarsi l' art. 10 della legge d' introduzione, vale ancora la massima costante del diritto tedesco favorevole al riconoscimento puro e semplice, per gli effetti processuali, della

[1] Vedi Zitelmann vol. cit. pag. 119. Rispetto ai rapporti giuridici contratti nel territorio tedesco le persone giuridiche straniere non riconosciute ai sensi dell' art. 10 avranno soltanto la capacità di parte passiva in base al § 50 del C. P. O., che avremo in seguito occasione di esaminare (Zitelmann, vol. cit. pag. 123, n. 68).

personalità giuridica legalmente esistente all'estero [1]; esse quindi hanno senz'altro in base al loro statuto personale la capacità di parte attiva e passiva [2].

f) In Austria vale come principio generale che le persone giuridiche straniere sono subbietti di diritto e poste nelle stesse condizioni delle persone naturali straniere, onde ad esse pure si applica il § 34 del Codice civile, per cui la capacità personale degli stranieri deve giudicarsi secondo la legge del domicilio o in mancanza di domicilio secondo la legge nazionale, in quanto per alcuni casi nella legge non sia ordinato altrimenti [3]. Al principio generale consegue il riconoscimento alle persone giuridiche straniere della *Parteifähigkeit* attiva e passiva davanti ai tribunali austriaci [4]; e tale capacità appare così necessaria e corrispondente alle esigenze del commercio giuridico internazionale, che viene ammessa anche da chi, pensando che le per-

[1] LESKE u. LOEWENFELD I, 747-8.

[2] Vedi la sent. 21 marzo 1902 dell'Oberlandgericht di Kiel in *Zeitschrift für internat. privat-und öffentl. Recht* vol. XII, (1902) pag. 469. Cfr. anche nella stessa *Zeitschrift* vol. XII, pag. 264-7 le osservazioni fatte in proposito dal FULD.

[3] UNGER, System des österr. allgem. Privatrechts, 3ª ediz., vol. I, pag 165; VESQUE v. PÜTTLINGEN, op. cit., pag. 79-83.

[4] WALKER, op. cit., pag. 56-60; LESKE u. LOEWENFELD vol. III, parte 1ª, pag. 72.

sone giuridiche non siano che il portato di una finzione, fa dipendere esclusivamente da concessione della legge territoriale la loro capacità di entrare in rapporti giuridici privati (1).

g) In Isvizzera la legge federale sulla capacità civile non regge in modo generale che la capacità delle persone fisiche; spetta alle legislazioni dei vari cantoni il determinare se e in quale misura debba riconoscersi la capacità delle persone giuridiche estere. In genere si ritiene che la capacità di diritto delle persone giuridiche, con la quale è connessa la capacità di parte in giudizio, debba determinarsi secondo la legge del loro domicilio (2).

h) In Inghilterra è principio costante di giurisprudenza il riconoscimento delle persone giuridiche legalmente costituite all'estero, le quali furono ammesse a stare in giudizio fino dal 1734 *by the law of comity* (3).

i) Negli Stati Uniti d'America, nonostante una

(1) JETTEL, op. cit., pag. 21-22.

(2) MUHEIM, Die principien des intern. Privatrechts im Schweizerischen Privatrecht, 1887, pag. 113; ROGUIN, op. cit., pag. 472-3; MEILI, Das intern. Civ.-u. Handelsrecht, vol. I, pag. 250-2.

(3) ALDERSON FOOTE in *Journal* vol. IX pag. 469; HOLLAND, Elements of Jurisprudence, pag. 257 n.; WESTLAKE, Treatise on private international law 3ª ediz. London 1890, pag. 332-9 e *Journal*, 1882, pag. 5; DICEY, regola 125, pag. 485.

parte della dottrina sia contraria, [1] la pratica, secondo ci attesta il Moore, si afferma prevalentemente nel senso stesso di quella inglese; onde le persone giuridiche straniere possono negli Stati Uniti, *by the law of comity among nations*, contrattare, agire in giudizio ed essere convenute [2].

l) Il Codice civile spagnuolo del 1889 distingue all' art. 28 le persone giuridiche domiciliate in Spagna e le persone giuridiche domiciliate all' estero; le prime hanno la nazionalità spagnuola e tanto all' estero come in Spagna la loro capacità e i loro diritti sono retti dalla legge spagnuola, la quale si applica loro negli stessi casi e nello stesso modo che alle persone fisiche. Ma il legislatore sfuggì la questione fondamentale dei diritti delle persone giuridiche domiciliate all' estero e pure non rifiutando loro l' esistenza in Spagna, non ha data una soluzione generale, rimettendosi per regolare la loro situazione ai trattati e alle leggi speciali [3].

[1] FIELD, op. cit., art. 545; WHARTON, op. cit., § 105 e segg. Il ROLIN (op. cit. vol. II pag. 175-6) esaminando questa dottrina restrittiva, ritiene che secondo essa le corporazioni straniere all' Unione americana sono riconosciute soltanto ai fini processuali per far valere diritti da esse validamente acquistati altrove.

[2] MOORE, American Notes ch. XIX (in DICEY op. cit. pag. 487).

[3] AUDINET in *Journal*, 1891, pag. 1112.

m) In Danimarca e in Norvegia la capacità di parte delle persone giuridiche straniere (fra queste le società per azioni) non soffre eccezioni di sorta in confronto delle persone giuridiche indigene [1].

n) Nel Montenegro l'art. 787 del Codice civile 25 marzo 1888 determina, che per stabilire l'esistenza legale di una persona giuridica si devono prendere per norma le leggi del suo domicilio [2].

o) Nel principato di Monaco la pratica ha ormai consacrato il sistema che le persone giuridiche straniere, non altrimenti che le società commerciali straniere, sono ammesse ad esercitare i loro diritti nel principato, purchè siano riconosciute nel paese al quale esse si riattaccano per una specie di nazionalità di origine [3].

p) Rispetto all'America del Sud è da ricordare la convenzione di diritto internazionale privato di Montevideo, che all'art. 4 dispone: « L'esistenza e la capacità delle persone giuridiche di carattere privato sono rette dalle leggi del paese, nel quale sono state riconosciute come tali. Il carattere di cui sono rivestite le abilita pienamente ad esercitare fuori del luogo della loro istitu-

[1] Leske u. Loewenfeld, II, 795, nota 2.
[2] Neumann, op. cit., pag. 184.
[3] de Rolland in *Journal*, 1890, pag. 236.

zione tutti le azioni e i diritti corrispondenti. Ma per l'esercizio degli atti compresi nell'oggetto speciale della loro istituzione si assoggetteranno alle prescrizioni stabilite nello Stato, nel quale intendono realizzare gli atti stessi » [1].

16. — Se tutte quante le legislazioni attribuissero alle società commerciali la qualità di persone giuridiche, la questione che c'interessa sarebbe nella sua soluzione compresa in quella precedente e noi potremmo limitare il nostro compito a porre in rilievo le disposizioni legislative e convenzionali, che ispirate dalle esigenze del commercio internazionale eventualmente facessero alle società commerciali una posizione privilegiata in confronto delle altre persone giuridiche. Invece pochissime leggi hanno preso in proposito un partito deciso, ammettendo o escludendo in tutte o in alcune specie di società commerciali la personalità giuridica [2]; mentre nella grandissima maggioranza di casi è lasciato alla dottrina il compito di indurre dalle varie norme obbiettive la costruzione giuridica; il che avviene quasi sempre in mezzo a tali dubbiezze intrinseche e discordanze di opinioni [3]

[1] Vedi sopra la nota 1 della pag. 175.

[2] Cfr. MANARA, op. cit. vol. II, sez. 1ª pag. 2-4.

[3] Il MANARA (op. cit. pag. 24-92) esamina analiticamente il valore di tale costruzione in base alle legislazioni francese, belga e germanica. È noto come in Italia sia tut-

da lasciare grandemente perplesso chi abbia bisogno di trarne delle conseguenze per il campo giuridico internazionale.

È opinione assolutamente dominante e sulla quale non vale la pena di insistere, che la legge nazionale [1] delle società determina oltre la regolarità della loro costituzione anche il loro carattere giuridico, onde le società, che a norma di

tora nella giurisprudenza e sia stata per lungo tempo nella dottrina dominante l'opinione favorevole alla personalità giuridica delle società commerciali; il VIVANTE, che già le aveva prestato il valido sussidio del suo ingegno e della sua dottrina nel vol. I (n° 286 e segg.) del suo Trattato teorico-pratico di dir. comm., l'ha più di recente riconfermata in un articolo pubblicato nel vol. I fasc. 1 della *Riv. di dir. com., ind. e marittimo.* Ma bisogna pur riconoscere come tale opinione sia stata profondamente scossa dal MANARA, il quale sottopose ad una minuta e penetrante critica tutti gli argomenti addotti a sostegno (op. cit. pag. 93-303) e cercò poi di mostrare in modo positivo l'inconsistenza dell'opinione stessa di fronte all'art. 77 ult. capov. Cod. com. e la sua inconciliabilità col sistema generale della nostra legislazione (pag. 304-466). Al libro del MANARA rinvio chi volesse avere esatte e complete indicazioni bibliografiche (vedi specialmente pag. 462-6 in nota) e giurisprudenziali (specialmente pag. 455-461).

[1] Sulla determinazione della nazionalità delle società commerciali vedi i miei *Enti collettivi* pag. 163-6; PINEAU op. cit pag. 117 e segg.; ROLIN op. cit. vol. III pag. 288-298; MAMELOK op. cit. pag. 211-239; DIENA, Trattato di dir. com. internaz. vol. I (Firenze, 1900) n' 37 e 38 pag. 258-278; MANARA op. cit. vol. I n' 289-296; ARMINJON art. cit. in *Revue de droit international* 1902 pag. 381-441.

quella legge hanno personalità giuridica, la conservano anche negli altri paesi, dove la legislazione adotti eventualmente in proposito principî diversi (1). Nei casi in cui ciò avvenga (e saranno casi rari, ove si voglia riconoscere il carattere di personalità giuridica in base ad espressa disposizione legislativa) (2) la società straniera avrà la capacità di essere parte in giudizio negli stessi modi e nelle stesse forme delle persone giuridiche straniere in genere.

Nei casi più frequenti in cui le società manchino di personalità giuridica, le varie legislazioni ci presentano con notevole costanza il fenomeno di una specie di finzione di personalità agli effetti processuali, per cui il diritto a una protezione giuridica indipendente viene riconosciuto anche a collettività sprovviste di personalità nel campo del diritto privato. Come già avemmo occasione di rilevare, la capacità di essere parte in giudizio è un concetto meramente

(1) Vedi quest'opinione largamente svolta con numerosi richiami dottrinali in DIENA, op. cit. vol. I n° 41 pag. 293 e segg. Cfr. anche MAMELOK op. cit. pag. 280-1.

(2) Giustamente osserva il MORTARA op. cit. vol. II pag. 643 che non basta l'opinione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza dello Stato, in cui la società estera fu costituita, e non basta neppure una disposizione di legge che susciti dubbi e ambiguità del genere di quelli, a cui dà luogo l'ultimo capoverso dell'art. 77 del nostro Cod. di com.

processuale, per sè indipendente dai concetti del diritto materiale; e però se normalmente la subbiettività giuridica processuale è pedissequa della personalità dell' ordine giuridico privato, non è detto che essa non possa anche discostarsene ed essere riconosciuta per sè stante anche quando quest' ultima faccia difetto. Si ha così una capacità di parte meramente formale, in quanto manca il normale presupposto di diritto materiale.

Ora io credo che le società commerciali, le quali secondo la loro legge nazionale non hanno personalità giuridica, ma godono della capacità di parte formale (1), devono avere riconosciuta quest' ultima anche all' estero. Nè saprei veder motivo per pensare diversamente. Se il valore della personalità giuridica straniera è riconosciuto anche agli effetti processuali, anzi a questi prima e meglio che non agli effetti di diritto materiale, è evidentemente perchè nessun ostacolo esiste nel riconoscere la capacità di parte in base ad una legge straniera; ora che questa legge sia una legge processuale, la quale decida

(1) Così è in Italia (per coloro che negano la personalità) in base agli art. 137, 203 comma 1°, 375 e 376 Cod. com.: vedi MORTARA op. cit. vol. II pag. 639-640. Così è anche in Germania per tutte le società, che non sono ritenute persone giuridiche, ossia per tutte eccettuate quelle per azioni: cfr. WACH op. cit. pag. 522-531 e più recentemente HELLWIG vol. I pag. 315-6.

in modo indipendente dal diritto materiale, è cosa del tutto irrilevante.

Tale questione è in pratica molto limitata dal fatto che ormai in quasi tutti gli Stati, sia per mezzo di leggi interne che di convenzioni, il riconoscimento delle società commerciali straniere va oltre la semplice capacità di parte per comprendere anche l'esercizio delle loro attività. I trattati sono tutti stipulati in questo senso e tolgono ogni dubbio sul punto che c'interessa; ma delle leggi interne molte non si preoccupano che di sottoporre a speciali condizioni l'attività mercantile delle società straniere. Onde il principio da noi posto vien bene in applicazione quando una società straniera non possa godere di alcuna clausola convenzionale e, lungi dal pretendere di esplicare la propria attività, si presenti nella veste di attrice o di convenuta davanti ai tribunali di uno Stato, dove su questo diritto subbiettivo processuale non esista espressa disposizione legislativa.

La formazione del diritto legislativo e convenzionale dei vari paesi circa le società commerciali straniere, che noi andremo esponendo per quanto riguarda il nostro speciale punto di vista e che è tale da dare origine ad una vera consuetudine internazionale, fu indubbiamente molto favorita dalla dottrina, la quale dimostrò che le società di commercio meglio ancora delle per-

sone giuridiche sono semplici modalità della vita giuridica delle persone reali ([1]) e alle ragioni dell' interesse reciproco, che tutti gli Stati hanno nel favorire la prosperità del proprio commercio, aggiunse le ragioni del diritto per sostenere la necessità del loro riconoscimento oltre i confini dello Stato d' origine. Quest' opinione, accolta perfino dai più caldi fautori della territorialità rispetto alle persone giuridiche ([2]), ebbe una definitiva consacrazione scientifica dall' Istituto di diritto internazionale, che nella sessione di Amburgo del 1891 prese la deliberazione seguente: « Les sociétés par actions constituées conformément aux lois de leur pays d' origine ont, sans qu' une autorisation générale ou spéciale leur soit nécessaire, le droit d' ester en justice dans les autres pays » ([3]).

([1]) Così benissimo si espresse il LAINÉ art. cit. pag. 303-4. Cfr. anche VIVANTE, op. cit. vol. I n° 287 e DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 295-8.

([2]) Valga per tutti il LAURENT, Droit civil intern. vol. IV n° 154.

([3]) *Journal* 1892 pag. 313. Lo stesso principio era stato accolto dal Congresso internazionale delle società per azioni, tenuto a Parigi nel 1889, all' art. 23 delle sue risoluzioni, che è del seguente tenore: « Une société par actions régulièrement constituée dans un pays doit pouvoir contracter et agir en justice et faire des opérations dans les autres pays sans être astreinte à observer des conditions particulières » (*Journal* 1890 pag. 179 e segg.).

Da un punto di vista generale possiamo infine accennare, che la concezione dei limiti d'ordine pubblico alla capacità di parte delle società commerciali straniere non può essere diversa da quella che abbiamo già esposto circa le persone giuridiche straniere [1]. Possono certo darsi dei casi, in cui lo scopo illecito della società sia tale da non permettere di dare sanzione a nessun atto giuridico da essa compiuto: il caso tipico è quello della società costituita per praticare il contrabbando o a danno di un paese straniero o peggio a danno dello Stato territoriale [2]. Ma il più spesso lo scopo, pure in se stesso contrario all'ordine pubblico territoriale, non diffonderà il suo carattere in tutti gli atti della società e sarà possibile ammettere questa a stare in giudizio per quegli atti che per se stessi nulla hanno di illecito [3].

a) Quanto all'Italia nei riguardi storici è da ricordare la legge sarda del 30 giugno 1853, la quale disponeva, che le società per azioni straniere non potessero compiere operazioni e stare in giudizio nello Stato senza aver prima ottenuto una autorizzazione del governo. La legge del 27 ottobre 1860 n° 4387 stabilì che le società auto–

[1] Vedi sopra pag. 195.
[2] Rolin op. cit. vol. III pag. 283.
[3] Rolin op. cit. vol. III pag. 334.

rizzate in Francia potevano operare nel regno e starvi in giudizio in seguito a un semplice decreto di abilitazione constatante il fatto dell'autorizzazione conseguita nel paese di origine; e diede facoltà al governo di estendere ad altri Stati l'applicabilità di tali disposizioni. Di qui le norme analoghe inserite nei trattati di commercio e navigazione, in convenzioni consolari e in apposite dichiarazioni diplomatiche [1]. Il sistema dell'autorizzazione governativa, che era fissato dall'art. 156 del Cod. com. del 1865, venne abolito dal nuovo Codice del 1882, il quale indipendentemente da ogni ragione di reciprocità ammette agli art. 230-232 i diritti delle società straniere sotto le condizioni necessarie per salvaguardare l'ordine pubblico dello Stato ed evitare le frodi alla legge. Così oggi le convenzioni stipulate dal nostro governo non hanno altro scopo che quello di assicurare alle società italiane all'estero lo stesso trattamento, che le società straniere hanno presso di noi.

Le disposizioni degli art. 230-232 del Cod.

[1] Vedi ESPERSON op. cit. § 174 pag. 257. Secondo questo diritto convenzionale « le società commerciali, industriali e finanziarie, costituite ed autorizzate secondo le leggi particolari ad uno degli Stati contraenti, saranno ammesse a far valere nel territorio dell'altro i loro diritti, specialmente quello di adire i tribunali, sia come attrici sia come convenute, purchè si assoggettino alle leggi del paese ».

com. non fanno altro in sostanza che applicare alle società commerciali straniere il principio generale contenuto nell' art. 3 Cod. civ. con i temperamenti imposti dall' art. 12 disp. prel. Ora di fronte a tale particolare ed esplicita applicazione appare del tutto oziosa la questione, così frequentemente discussa, se le società commerciali in genere debbano considerarsi come persone giuridiche, che come tali, quando siano straniere, vadano comprese nell' art. 3 Cod. civ. (1). In ogni caso, poichè — come fu già notato — la questione della personalità non può essere risoluta in astratto, ma soltanto in base ad una data legislazione, sarebbe lecito soltanto discutere se avuto riguardo alla speciale natura delle società commerciali l' art. 3 Cod. civ. fosse applicabile a quelle società straniere, che indubbiamente ab-

(1) Di tale questione si occupa quasi tutta la nostra letteratura, la quale partendo dall' opinione dominante che attribuisce alle società commerciali la personalità giuridica, ritiene in prevalenza che per virtù dell' art. 3 Cod. civ. le società commerciali straniere sarebbero ammesse in Italia a godere dei diritti civili anche se non fossero scritti gli art. 230-232 del Cod. com. Cfr. GIANZANA, op. cit. vol. I parte 1ª pag. 117-140; ESPERSON, op. cit. n° 179 pag. 266-278; MARGHIERI, La società e le associazioni commerciali n° 875-6; BIANCHI, Elem. di dir. civ. vol. I n° 218; ELENA op. cit. n' 48-50 pag. 63-6; DIENA, op. cit. vol. I pag. 240-2. Quanto alla giurisprudenza si può ricordare la recentissima sentenza 7 giugno 1904 della Cass. pen. (*Circ. giur.* 1904, III, 80).

biano dalla propria legge riconosciuta la personatità giuridica; e ciò a prescindere del tutto dall'opinione che abbia avuto il nostro legislatore circa la personalità da attribuirsi alle società commerciali italiane ([1]). La comprensione nell'art. 3 Cod. civ. delle società straniere, che hanno la personalità secondo il loro statuto personale, avrebbe lasciato non risolto il vasto problema della posizione giuridica delle società straniere, che secondo il loro statuto personale non godono della personalità. Di qui il bisogno delle speciali disposizioni del Codice di commercio, le quali sottoponendo a date condizioni l'esercizio del commercio da parte delle società straniere, evidentemente presuppongono in queste una certa capacità giuridica. A questo presuppostó appunto bisogna riferirsi per stabilire positivamente la capacità delle società commerciali straniere di

([1]) Per la questione giuridica internazionale è del tutto un fuor d'opera la ricerca istituita da alcuni fra gli autori citati nella nota precedente (ad es. il GIANZANA e l'ELENA) sulla personalità giuridica delle società commerciali italiane. Evidentemente, anche risolto in senso affermativo tale quesito d'indole critica ed esegetica rispetto alla nostra legislazione, non segue punto che le società commerciali di tutti quanti gli Stati siano persone giuridiche in guisa da essere comprese nell'art. 3 Cod. civ., il quale combinato coll'art. 6 disp. prel. s'intende riferito ai soggetti di diritto riconosciuti come tali dalla legge nazionale.

essere parte nel giudizio davanti ai tribunali italiani. Così è quasi da tutti ritenuto, che come le società commerciali straniere possono in Italia concludere contratti isolati senza bisogno di ottemperare alle norme degli art. 230-232 Cod. com., così esse possono stare in giudizio indipendentemente dall' adempimento di qualsiasi formalità (1). .

(1) Così VIDARI, Corso di dir. com. vol. I, 3ª ed. n° 590; ESPERSON op. cit. vol. I n° 186 pag. 289; DANIELI in *Journal* 1888 pag. 27; DIENA op. cit. vol. I pag. 242-3. In contrario vedi MORTARA op. cit. vol. II pag. 643-4. Fra le più recenti sentenze ricordo quella 20 aprile 1900 della Cassazione penale (*Giustizia penale* 1900 col. 704 e *Legge* 1900, II, 101), la quale disse che una società, che non ha sede secondaria o rappresentanza nel regno e non è quindi tenuta alle formalità dell' art. 230, può in Italia costituirsi parte civile; e la sentenza 7 giugno 1904 della stessa Cassazione penale (*Circ. giur.* 1904, III 80), la quale adottando la ragione contraria, che si deduce dalla sentenza precedente, dichiarò che non può costituirsi parte civile nel giudizio penale una società straniera, che abbia nel regno una succursale o una rappresentanza senza avere adempiuto alle formalità degli art. 230 e 231, pure riconoscendo in tale società la capacità processuale passiva. Così aveva pure deciso la Cassazione di Torino nella sentenza 13 settembre 1888 (*Legge* 1888, II, 641), che però era stata contraddetta da posteriore giurisprudenza (vedi DIENA op. cit. vol. I pag. 245), alla quale da ultimo si è aggiunta la sentenza 17 dic. 1903 della Cass. di Firenze (*Giur. it.* 1904, I, 1, 13). L' autore testè citato giustamente osserva che se possono adire i tribunali le società straniere, che non stabiliscono nel regno alcuna sede secondaria, non si com-

b) In Francia ([1]) per virtù della legge 30 maggio 1857 emanata per le società belghe ed estesa poi con decreti e convenzioni internazionali alle società di molti altri paesi, le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie, che sono dalla legge del loro paese sottoposte all' autorizzazione del governo, possono esercitare

prende perchè dovrebbero essere considerate in Italia come inesistenti quando ponessero da noi una succursale, finché non adempiute le prescritte misure di pubblicità. É ben vero che secondo l' art. 231 Cod. com. l' inadempimento delle formalità prescritte dal precedente art. 230 produce per le società straniere le stesse conseguenze legali stabilite per le società nazionali e fra tali conseguenze è quella fissata nell' art. 98. Ma come le società non legalmente costituite o società di fatto hanno per comune consenso la capacità di agire in giudizio, così questa capacità non può negarsi alle società straniere, che si siano rese inadempienti alle prescrizioni dell' art. 230. Secondo il MORTARA invece, come le società nazionali non legalmente costituite hanno soltanto la capacità di parte passiva (egli ricorda in proposito il § 50 del C. P. O. germanico: op. cit. vol. II pag. 642), così soltanto questa capacità di parte passiva devono avere le società estere, che non hanno adempiuto alle formalità dell' art. 230 cod. com. (pag. 645).

([1]) LYON-CAEN, De la condition légale des sociétés étrangères en France 1870; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial vol. II n. 1099; LACHAU, op. cit. pag. 168-177; PINEAU op. cit. pag. 18-33 e 81-7; MOUTIER, Du droit pour les sociétés commerciales étrangères d' ester en justice en France, in *Journal* 1894 pag. 954; DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 316-338 e 347-350; MAMELOK op. cit. pag. 241-262.

tutti i loro diritti e stare in giudizio davanti ai tribunali. Le società in nome collettivo e in accomandita, semplici o per azioni, che hanno potuto secondo la legge del loro paese costituirsi senza l'autorizzazione del governo, hanno senz'altro il diritto di agire, come l'avevano prima della legge del 1857.

Se le società di un dato paese non sono ammesse al beneficio della legge citata, si ritiene generalmente che non possa più oggi seguirsi la giurisprudenza invalsa prima della legge stessa e per la quale era senz'altro riconosciuto il diritto d'agire nelle società anonime regolarmente costituite all'estero, quantunque la loro esistenza non fosse stata riconosciuta dal governo francese. Secondo alcuno la legge del 1857 non ebbe altro scopo che di assicurare i governi stranieri contro un eventuale cambiamento nella giurisprudenza; non si può quindi supporre che effetto voluto ne sia il rifiuto alle società straniere di stare in giudizio e di esercitare i loro diritti in Francia [1]. Ma i più traggono una diversa conclusione dei motivi della legge, donde appare che il legislatore considerò la precedente giurisprudenza più generosa che esatta e stabilita contro le strette ragioni del diritto per tolleranza del

[1] ALAUZET, Commentaire du code de commerce vol. I n. 631 pag. 903.

governo [1]. In conseguenza le società anonime e le altre costituite all'estero coll'autorizzazione del governo, che non possono invocare un decreto o un trattato (o un'autorizzazione speciale in virtù dell'art. 37 Cod. di com., che la giurisprudenza ritenne applicabile alle società straniere anche dopo la legge del 1857) [2] non hanno la capacità di farsi attrici davanti ai tribunali francesi. L'eccezione relativa a tale incapacità, secondo un'opinione molto accreditata, è d'ordine pubblico, può quindi essere sollevata in ogni stato e grado di causa dal convenuto ed anche dal giudice di ufficio [3]. Ma secondo il sistema generalmente seguito dalla giurisprudenza [4] ed approvato dalla dottrina [5] bisogna distinguere

[1] LYON-CAEN et RENAULT op. cit. vol. II n.i 1131bis e 1132; PINEAU op. cit. pag. 81-2; MOUTIER art. cit.; DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 319-320.

[2] Vedi la sent. 1° agosto 1860 della Cassazione in *Sirey* 1860, I, 465.

[3] App. Parigi 1° luglio 1893 in *Journal* 1893 pag. 1205; GERBAUT, De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, Paris, 1883 n.° 23; DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 330-1 Vedi in contrario Cass. 12 luglio 1893 e 14 maggio 1895 (*Journal* 1893 pag. 1204 e 1895 pag. 836).

[4] Cass. 19 maggio 1863 e 14 nov. 1865 (*Sirey* 1863, 1, 353 e 1865, 1, 135); app. Amiens 2 marzo 1865 (*Sirey* 1865, 2, 210); app. Parigi 9 maggio 1865 (*Sirey* 1865, 2, 211); app. Chambery 1° dic. 1866 (*Dalloz pér.* 1866, 2, 246).

[5] GERBAUT op. cit. n.i 163 e 164; LYON-CAEN et RENAULT op. cit. vol. II n.° 1135; BUCHÈRE, Des actions judiciaires

in quelle società la capacità di agire da quella di essere convenute ed ammettere questa seconda anche dopo avere negata la prima. Tale distinzione antigiuridica non può spiegarsi che colla preoccupazione costante nei magistrati e nei giuristi francesi di salvaguardare gli interessi dei propri concittadini. Infatti il ragionamento che si trova ripetuto è il seguente: le società anonime straniere non abilitate a esercitare diritti in Francia non possono essere sottratte alla responsabilità derivante dalle obbligazioni incontrate con francesi e devono in conseguenza essere sottoposte alla giurisdizione dei tribunali francesi, non potendosi supporre che la legge del 1857 abbia voluto distruggere o restringere le garanzie assicurate dall' art. 14 Cod. civ. ai francesi che contrattano con stranieri. Alcuno ha aggiunto che l' inesistenza delle società anonime straniere non riconosciute in Francia non è stata consacrata che nell' interesse dei terzi e che quindi esse non possono opporre la loro inesistenza ai terzi, che si fanno attori contro di loro (1).

Il de Paepe ha recentemente tentata una giustificazione del sistema, che non è punto persuasiva. Egli dice che in nessun caso quelle società

exercées en France par les sociétés anonymes étrangères in *Journal* 1882 pag. 51-4; Pineau op. cit. pag. 83-6.

(1) Moutier art. cit.

hanno esistenza legale e in ogni caso esse debbono considerarsi come semplici società di fatto, ma vi è differenza fra il caso in cui vogliano farsi attrici e quello in cui figurino come convenute, in quanto nel primo esse debbono intentare l'azione in nome di tutti i membri che le compongono, nel secondo invece possono essere citate e difendersi nella persona dei loro amministratori. E la ragione della differenza sta in ciò che l'inesistenza della società priva i soci del diritto di opporre ai terzi il mandato conferito agli amministratori di rappresentare in giudizio gl'interessi comuni, ma i soci stessi non restano meno legati dal mandato e i terzi possono prevalersene contro di essi per tradurli in giudizio in persona dei loro mandatari [1].

Se dalla mancanza di personalità e dalla esistenza come semplice società di fatto si vuol trarre la impossibilità di agire per mezzo di rappresentanti sociali, parrebbe logico che dagli stessi dati vi traesse anche la impossibilità di esser convenuta nella persona degli stessi rappresentanti. Non vale il distinguere, come fa il de Paepe, fra inesistenza di una società straniera non autorizzata e sua rappresentanza in giudizio come società di fatto; giuridicamente riconoscere

[1] DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 328-9. Vedi in tal senso anche LYON-CAEN op. cit. n.° 66.

questa rappresentanza, quale risulta dalla legge straniera e dagli statuti sociali, equivale a riconoscere l'esistenza della società e quindi la sua completa capacità di parte, mentre non si comprende come il concetto di società di fatto possa essere diverso a seconda che si tratti della capacità di agire o di quella di essere convenuto. In quale contraddizione si avvolga il sistema da noi criticato si palesa ricordando che secondo i suoi sostenitori i mandatari chiamati da terzi a rappresentare in giudizio una società di fatto possono nell'interesse di questa opporre domande riconvenzionali per difendersi dall'azione principale o per ottenere dai terzi l'esecuzione dei loro obblighi reciproci, mentre i mandatari stessi non possono esperire l'azione in garanzia, che deve essere esercitata da tutti i soci [1]. La società straniera non autorizzata può dunque soltanto in qualche caso farsi attrice per mezzo dei suoi rappresentanti, scindendosi quella capacità di parte, che logicamente dovrebbe essere una e indivisibile.

Con legge del 24 luglio 1867 fu abolito per le anonime francesi il sistema dell'autorizzazione governativa. Da questo mutamento di diritto interno una parte della giurisprudenza dedusse che

[1] LYON-CAEN op. cit. n.° 66; VAVASSEUR, Traité des soc. civ. et comm. vol. II n.° 933; PINEAU op. cit. pag. 86; DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 329-330.

dovesse considerarsi come abrogata la legge del 1857 ([1]); ma è dominante l'opinione contraria, secondo la quale le due leggi, lungi dal contraddirsi, si completano e si applicano ciascuna nell'ordine di idee in vista del quale furono emanate ([2]), tanto che anche dopo la legge del 1867 il governo francese ha continuato ad emanare decreti per diversi paesi in virtù della legge del 1857.

Nonostante alcune oscillazioni della giurisprudenza, generalmente si ammette che le società straniere, che nel loro paese non sono più soggette all'autorizzazione governativa, continuano a godere del beneficio della legge del 1857, la quale se parla di quell'autorizzazione, che era la regola nell'epoca in cui essa fu emanata, non ne fa tuttavia una condizione della propria applicabilità ([3]).

([1]) App. Parigi 8 luglio 1881 e 15 febbraio 1882 (*Journal* 1882 pag. 209 e 212); app. Lione 13 dic. 1889 (*Journal* 1892 p. 479).

([2]) LACHAU op. cit. pag. 173-7; PINEAU op. cit. pag. 22-3; LYON-CAEN op. cit. n.° 25; LYON-CAEN et RENAULT vol. II n.° 1104; VAVASSEUR op. cit. vol. II pag. 941; MOUTIER art. cit; app. Parigi 22 dic. 1892 (*Dalloz* 1893, 2, 157) e 1° luglio 1893 (*Journal* 1893 pag. 1205); Cass. 14 maggio 1895 (*Sirey* 1896, 1, 161).

([3]) Cfr. PINEAU op. cit. pag. 23-25 e i richiami di dottrina e giurisprudenza fatti nelle note. Aggiungi DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 334-8.

Salvo i limiti risultanti dall'ordine pubblico [1] le società straniere sono rette in Francia dalla loro legge nazionale; così possono stare in giudizio davanti ai tribunali francesi se ed in quanto secondo la legge straniera ne hanno la capacità.

c) Nel Belgio [2] sotto l'impero del Cod. di com. francese le società straniere erano ammesse a stare in giudizio. Una sentenza 22 luglio 1847 della Cassazione aveva deciso che le società anonime regolarmente stabilite in paese straniero potevano agire davanti ai tribunali belghi, quantunque non autorizzate dal governo belga. Ma due anni dopo la suprema Corte cambiò di parere, giudicando con sentenza 8 febbraio 1849 che l'art. 37 Cod. com. relativo all'autorizzazione governativa si applica tanto alle società che hanno la loro sede nel Belgio quanto a quelle stabilite all'estero, le quali per conseguenza senza quell'autorizzazione non possono adire i tribunali belghi. Essendosi tale giurisprudenza consolidata

[1] La corte di appello di Parigi con sentenza 22 febbraio 1849 (*Sirey* 1849, 2, 144) decise che una società formata fra stranieri per l'esercizio di una casa da giuoco in un paese, dove tali case sono permesse, non è nulla in Francia; mentre con successiva sentenza 31 marzo 1849 (*Sirey* 1849, 2, 464) decise che una tale società non può dar luogo ad alcuna azione davanti ai tribunali francesi.

[2] Rolin op. cit. vol. I pag. 170-3 e vol. III pag. 293-4, 298-302, 329-366; de Paepe op. cit. vol. II pag. 309-315, 331-2, 337-346, 350-378.

e producendo come conseguenza la mancanza del diritto di agire nel Belgio delle società anonime francesi, per evitare delle rappressaglie da parte della Francia, fu emanata la legge 14 marzo 1855, che a condizione di reciprocità ammise le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie autorizzate dal governo francese ad esercitare tutti i loro diritti e ad agire in giudizio nel Belgio. Il beneficio di questa legge, sempre sulla base della reciprocità, fu esteso mediante decreti e trattati alle società di altri paesi.

La legge del 18 maggio 1873 (la quale, secondo l'interpretazione della dottrina, considera tutte le società commerciali come persone giuridiche) abrogò l'art. 37 Cod. di com., abolendo per la costituzione delle anonime l'autorizzazione governativa. Le società straniere, che per nuove leggi del loro paese analoghe a quella belga non sono più soggette all'autorizzazione, continuano a godere del beneficio della legge del 1855.

L'art. 128 della citata legge del 1873 ammette le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie costituite ed aventi la loro sede in paese straniero a fare le loro operazioni e a stare in giudizio nel Belgio senza esigere la condizione di reciprocità. Il legislatore partì dal concetto che le condizioni d'esistenza e l'organizzazione di una società co-

stituiscono il suo statuto personale e devono quindi essere regolate dalle leggi del paese a cui la società stessa appartiene. S'intende che l'efficacia della legge personale delle società straniere è soggetta, non diversamente da quanto accade rispetto alle persone fisiche, al limite di ordine pubblico; ond'è che alcune clausole dei loro statuti, che in quella legge hanno la radice della loro validità, potranno cessare talora di avere alcuna forza obbligatoria e talaltra le stesse società straniere potranno essere considerate come inesistenti, se il loro obbietto medesimo è contrario all'ordine pubblico. Così per esempio, poichè nel Belgio le case di giuoco sono considerate dalla giurisprudenza come contrarie ai buoni costumi e compromettenti l'ordine pubblico, le case di giuoco costituite e tollerate in paese straniero sono senza esistenza nel Belgio e non hanno quindi il diritto di agire.

Le società straniere, che fondano nel Belgio una succursale o una sede qualunque d'operazione, sono per l'art. 130 soggette al regime di pubblicità ordinato dalla legge belga. La inosservanza di tale norma ha le conseguenze fissate nell'ultimo paragrafo dell'art. 11, per cui « toute action intentée par une société dont l'acte constitutif n'aura pas été publié conformément aux articles précédents, sera non recevable ». L'eccezione consistente nel difetto di pubblicazione

degli statuti nel Belgio non è d'ordine pubblico e i terzi, nell'interesse dei quali principalmente è stata creata, possono rinunciarvi; se essi usano della facoltà loro conferita dalla legge, le società straniere non possono agire come persone giuridiche e l'azione deve essere intentata da tutti i soci (1).

Secondo l'art. 111 della legge del 1873 le società commerciali dopo la loro dissoluzione sono considerate esistenti per la loro liquidazione ed agiscono in giudizio e possono essere convenute per mezzo dei loro liquidatori. Tale norma non si applica alle società straniere disciolte, se essa non trova la corrispondente nelle leggi del paese, a cui le società stesse appartengono.

d) In Olanda (2) non si è mai dubitato che le società in nome collettivo e in accomandita legalmente costituite all'estero avessero il diritto di operare liberamente e di agire in giudizio davanti ai tribunali senza preventiva autorizzazione. Sorsero invece dei dubbi circa le anonime straniere, finchè la Cassazione con sentenza 23 marzo 1866 non ebbe a decidere che queste ultime, data la legalità della loro costituzione nel paese d'origine, sono capaci d'agire davanti ai tribunali del regno senza bisogno dell'autorizza-

(1) Cass. 5 marzo 1895 in *Journal* 1895 pag. 876.
(2) MOLENGRAAF, art. cit. in *Journal* 1888 pag. 619.

zione prescritta dall' art. 36 Cod. com. per le anonime costituite in Olanda. In seguito i tribunali inferiori si conformarono sempre a questa massima, divenuta ormai consuetudinaria [1].

Con un solo Stato l' Olanda ha concluso un trattato sul diritto d' agire delle società commerciali ed è il trattato 6 aprile 1869 coll' Italia [2].

e) Nel Lussemburgo in massima possono agire in giudizio soltanto le società commerciali straniere, che sono autorizzate dal governo lussemburghese per il granducato nella forma prescritta dall' art. 37 Cod. com. Ma le società di dati paesi (Francia, Belgio, Olanda) godono di speciali disposizioni legislative e convenzionali [3].

f) In Austria le società straniere possono esercitare il commercio sotto certe condizioni fissate dall' ordinanza imperiale 29 novembre 1865 e dalla legge 29 marzo 1873 [4]. Ma tali norme di natura giuridica amministrativa non toccano secondo l' opinione prevalente la capacità di essere parte nel processo, la quale ne è del tutto indipendente e spetta anche alle società straniere non autorizzate ad esercitare il

[1] Vedi ad es. Trib. di Bois-le-duc 18 gennaio 1893 in *Journal* 1896 pag. 221. Cfr. pure Leske u. Loewenfeld vol. III parte I pag 366 e n. 10 ivi.

[2] Leske u. Loewenfeld I, 505.

[3] Leske u. Loewenfeld I, 515.

[4] Vedi Mamelok op. cit. pag. 326-330.

commercio in Austria per il semplice fatto della loro esistenza legale secondo il diritto straniero vigente nel luogo dove hanno la loro sede (domicilio) (1).

Lo stesso principio vale in Ungheria in virtù dei §§ 210 e segg. del Cod. di com. del 1875 (2).

g) In Germania è opinione generalmente adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza che le società straniere hanno esistenza legale, quando sono costituite conformemente alla legge del paese dove sono domiciliate (3). Tale principio è stato

(1) Cfr. JETTEL op. cit. pag. 21-2; LESKE u. LOEWENFELD I, 416-7 e 912-3 e III parte I, 72-3; VALKER op. cit. pag. 59-61; MAMELOK op. cit. pag. 272-3. Quanto alla giurisprudenza della Suprema Corte, che sembra prevalere nel senso contrario a quello riferito nel testo e preferito dalla dottrina, vedi le più recenti sentenze 30 maggio 1899 (*Journal* 1901 pag. 830), 20 nov. 1902 e 2 luglio 1903 (*Zeitschrift f. intern. Privat-u. öffentl. Recht* XIII, 1903, pag. 189 e 463).

(2) BEAUCHET in *Journal* 1897 pag. 171-5 e MAMELOK op. cit. pag. 330-2.

(3) WOLF, De la condition des sociétés étrangères en Allemagne in *Journal* 1886 pag. 134, 272, 641; RING, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften von 18 Juli 1884; zweite Auflage, erste Hälfte (Berlin, Heymann 1892) pag. 61-2 e 289-295; STAUB, Kommentar zum H. G.-B. § 178; FULD, De la situation juridique faite en Allemagne aux sociétés de commerce étrangères (memoria presentata al Congresso internazionale di diritto comparato di Parigi del 1900). Quanto all' Alsazia-Lorena, per cui si son fatte molte discussioni, vedi MAMELOK op. cit. pag. 363-8.

consacrato in numerosi trattati, nei quali si riconosce espressamente alle società commerciali dei paesi contraenti la capacità d'intentare azioni e di difendersi in giudizio [1]; ed esso rimane inalterato anche oggi, essendovi perfetto accordo nel ritenere che l'art. 10 della legge d'introduzione al codice civile (come del resto risulta chiaramente anche dalla storia della sua redazione) [2] non si applica alle società commerciali [3].

h) In Danimarca tutte le società commerciali straniere hanno senz'altro la capacità di parte processuale, se sono costituite in conformità della legge dello Stato nazionale [4].

i) Nella Svizzera [5] non esistono espresse disposizioni nè di diritto federale nè di diritto canto-

[1] Vedi l'enumerazione di questi trattati in RING, op. cit. vol. I, pag. 290 e in LESKE u. LOEWENFELD, I, 748-750.

[2] NIEMEYER op. cit. pag. 79-81.

[3] Nella dottrina si può consultare fra molti il NIEMEYER, Das internationale Privatrecht des B. G.-B. pag. 130. Nella giurisprudenza sono da ricordare le sentenze 21 marzo 1901 dell'Oberlandgericht di Kiel (*Zeitschrift f. intern. Privat-u. öffentl. Recht* XII, 1902, pag. 469) e 7 nov. 1903, 20 nov. 1903, 24 marzo 1904 dell'Oberlandgericht di Amburgo (*Zeitschrift* cit. XIV, 1904, pag. 69, 163, 476). Lo stesso Oberlandgericht di Amburgo aveva deciso per l'applicabilità dell'art. 10 nella precedente sentenza 23 giugno 1903 (*Zeitschrift* cit. XIV, 64).

[4] HINDEBURG in *Journal* vol. XI, pag. 35.

[5] ROGUIN, op. cit. pag. 473-7; MEILI, Das intern. Civilprocessrecht, vol. I, pag. 87.

nale sulla capacità di parte delle società straniere. Tutto è rimesso alla giurisprudenza, la quale generalmente si pronuncia in senso affermativo. È da ricordare in proposito la sentenza 19 ottobre 1888 del Tribunale federale, la quale affermò che nel cantone di Neûchatel si è sempre ammesso che ogni società anonima straniera, con cui un cittadino del cantone ha contrattato, può azionare quest' ultimo davanti al giudice del suo domicilio, se essa giustifica la sua capacità civile nel luogo dove ha la sede [1]. Esistono del resto parecchie convenzioni allo scopo di riconoscere reciprocamente l' esistenza giuridica della società e la loro subbiettività processuale [2].

l) In Inghilterra [3] non esiste alcuna speciale disposizione legislativa circa le società commerciali straniere, ma nella pratica per il solo effetto della *common law* queste sono costantemente ammesse ad esercitare il loro commercio e ad agire in giudizio senza bisogno di autorizzazione da parte del parlamento o del governo. Questa massima consuetudinaria è parsa così bene stabilita, che varie convenzioni concluse in

(1) *Journal*, 1890, pag. 518.

(2) Leske u. Loewenfeld, I, 471 e Mamelok op. cit. pag. 346.

(3) Westlake op. cit. § 306 pag. 336-8; Dicey, op. cit., reg. 125 e 126 pag. 485-6.

proposito non furono neppure sottoposte alla ratifica del parlamento.

Nel Basso Canadà ([1]) le società commerciali straniere godono in generale di tutti i diritti loro conferiti dalla legge del proprio paese (legge del domicilio) senza bisogno di autorizzazione amministrativa o giudiziaria; esse possono quindi agire in giudizio (coll' obbligo di fornire la *cautio judicatum solvi*) tranne il caso che tale diritto sia loro negato nel loro proprio paese (art. 79 Cod. proc. civ.). Egualmente secondo la legge d' origine si giudica del modo in cui una società straniera può esperire azioni in giudizio; così per esempio una società in accomandita francese potrebbe agire sotto il nome del suo gerente, quantunque le leggi del Basso Canadà esigano che l' azione sia intentata a nome di tutti i soci.

m) Negli Stati Uniti d' America ([2]) la capacità delle società commerciali straniere di contrattare, di agire e di essere convenute è trattata come quella delle persone giuridiche e vien determinata dal loro statuto personale con riserve a favore dell' ordinamento giuridico territoriale, che

([1]) FABRE-SURVEYER, De la situation des sociétés commerciales étrangères dans la province de Québec (Canada) in *Journal* 1903 pag. 517-533.

([2]) MOORE, American Notes ch. XIX in DICEY op. cit., pag. 487-9.

ai nostri fini non presentano un diretto interesse.

n) La legislazione russa (1) non ha delle regole generali sulle società straniere; la situazione legale di queste è governata dai trattati o dalle dichiarazioni scambiate colle diverse Potenze (2). Fondandosi sull' art. 17 e più specialmente sull' art. 224 Cod. proc. civ., che proclama la competenza dei tribunali dell' impero per i processi nei quali sono impegnati degli stranieri, una parte della giurisprudenza aveva deciso che le compagnie straniere posseggono di pieno diritto la facoltà di essere attrici e convenute davanti ai tribunali russi. Ma il Senato dirigente con sentenze del 25 maggio 1883 e del 24 gennaio 1896 (3) ebbe ad osservare in contrario che, assimilando le persone giuridiche straniere agl' individui stranieri, si toglie ogni ragion d' essere sia alla legge 9 settembre 1863 relativa alle società francesi sia alle convenzioni diplomatiche basate sul principio della reciprocità. Se quella legge e queste convenzioni sono state giudicate necessarie dal governo russo per riconoscere in Russia i diritti

(1) Barkowski, De la condition des sociétés étrangères en Russie in *Journal* 1891, pag. 721 e segg. Vedi anche *Journal* 1904, pag. 1044-6.

(2) Vedi quanto riferisce in proposito il Klibanski in *Zeitschrift für internat. Priv.-und öff. Recht* 1904 pag. 234-5.

(3) *Journal* 1887, pag. 171 e 1897 pag. 208.

delle società appartenenti ai paesi relativi, vuol dire che queste società non gôdevano di pieno diritto di un' esistenza legale nel territorio russo. Se dunque una compagnia straniera si rivolge a un tribunale russo, essa deve, in difetto di un decreto speciale che l'abiliti a funzionare in Russia, dimostrare che il suo paese d'origine gode del regime convenzionale, per cui le società straniere possono in Russia esercitare tutti i loro diritti, compreso quello di agire in giudizio, conformandosi alle leggi russe.

Il bisogno di una speciale autorizzazione ad esercitare il commercio in Russia o di una convenzione internazionale si riferisce alle società anonime o per azioni; giacchè le società in nome collettivo e in accomandita semplice formate in paese straniero godono in Russia, per il fatto stesso della loro costituzione regolare, d'una esistenza legale e del diritto di stare in giudizio, conformandosi semplicemente alle forme di pubblicità prescritte dal codice di commercio per le società nazionali della stessa natura.

o) In Ispagna [1] l'art. 15 del Cod. com. promulgato il 22 agosto 1885 e messo in vigore il 1° gennaio 1886 dispone che le società straniere possono

[1] Audinet, Le droit intern. privé dans le nouveau code civil espagnol in *Journal* 1891 pag. 1112; e Mamelok, op. cit. pag. 339-340.

esercitare il commercio a condizione di osservare le leggi del loro paese per quanto si riferisce alla capacità richiesta per contrattare e di conformarsi alle disposizioni del cod. civ. spagnuolo per quanto concerne la creazione di stabilimenti nel territorio spagnuolo, le loro operazioni commerciali e la giurisdizione dei tribunali. L'art. 21 aggiunge che le compagnie straniere per stabilirsi in Spagna o organizzarvi delle succursali devono iscrivere al registro di commercio i loro statuti, gli altri documenti richiesti per le compagnie spagnuole e un certificato rilasciato dal console spagnuolo constatante che esse sono state costituite ed autorizzate conformemente alle loro leggi rispettive.

p) Nel Cod. di com. portoghese del 1888 l'art. 109 dispone che le società legalmente costituite all'estero possono fare gli atti, che non sono contrari alla loro legge nazionale anche se non hanno nel regno sede, succursale o altra specie di rappresentanza sociale; l'art. 110 che le società costituite all'estero, le quali hanno una sede nel regno o vi esercitano il loro principale commercio, sono per tutti gli effetti considerate come società nazionali e sottoposte a tutte le disposizioni del Cod. di com. portoghese; l'art. 111 che le società costituite all'estero, le quali abbiano nel regno una succursale o altra specie di rappresentanza sociale, sono soggette alle disposi-

zioni del Cod. di com. portoghese relative al-l'iscrizione e alla pubblicazione degli atti sociali e dei poteri dei loro rappresentanti, negli stessi termini che le società nazionali della stessa specie [1].

q) A queste disposizioni vigenti in Portogallo è ispirato il Cod. di com. del 1889 della repubblica Argentina agli art. 285-287 [2].

r) In Grecia [3], considerandosi come d'ordine pubblico le regole dell'art. 37 Cod. com., per cui le società anonime non possono esistere senza autorizzazione governativa, le anonime straniere non possono esercitare i loro diritti e stare in giudizio senza prima avere ottenuto il riconoscimento del governo. Tale riconoscimento può derivare per tutte le società di un dato paese o da un trattato o da un decreto, che estenda ad esse il beneficio delle leggi 1° agosto 1861 e 18 marzo 1881 concesso sulla base della reciprocità alle anonime francesi.

Si ammette invece che le società in nome collettivo e in accomandita, alle quali viene negata la personalità giuridica concessa alle ano-

(1) MAMELOK, op. cit. pag. 340.

(2) MAMELOK, op. cit. pag. 341.

(3) EUCLIDÈS, De la condition légale des sociétés étrangères en Grece, in *Journal* 1889, pag. 59-65. Circa la più recente giurisprudenza vedi *Journal* 1898, pag. 966 e 1903 pag. 411.

nime, possano godere in Grecia della posizione legale acquisita in base alla legge del loro paese, giacchè « non si potrebbe mettere all'esercizio dei diritti civili di stranieri riuniti in gruppi più incagli che la legge non ammetta per ciascuno straniero preso isolatamente ».

s) Il Cod. di com. rumeno del 1887 agli art. 237-250 (1) si è ispirato completamente ai principî posti nella nostra legislazione, i quali come vedemmo presuppongono il riconoscimento della capacità di parte delle società commerciali straniere.

t) Nel principato di Monaco (2) le società legalmente costituite all'estero possono per una costante giurisprudenza esercitare i loro diritti e agire in giudizio. Soltanto le accomandite per azioni e le anonime straniere sono soggette, come le corrispondenti società nazionali, all'autorizzazione del Principe prescritta dal Cod. di com. del 1878.

u) Nel Congo (3) un decreto del 27 febbraio 1887 n.° 8 stabilì che le società commerciali legalmente costituite ed aventi la loro sede legale al-

(1) Vedi riferite queste disposizioni in Mamelok op. cit. pag. 335-9.

(2) de Rolland, Condition juridique des étrangers dans la Principauté de Monaco in *Journal* 1890, pag. 236.

(3) *Journal* 1887, pag. 687.

l'estero possono fare le loro operazioni e agire in giudizio.

v) Infine il trattato di diritto internazionale privato di Montevideo all'art. 5 determina, che le società aventi carattere di persona giuridica sono regolate dalle leggi del paese dove hanno la loro sede e devono essere riconosciute come tali negli Stati contraenti e quindi riconosciute capaci di esercitare in questi Stati i loro diritti civili e di agire in giudizio (1).

17. — Le società civili e le semplici associazioni, che secondo la legge del paese dove si costituirono godono della personalità giuridica, hanno anche all'estero la capacità di parte attiva e passiva allo stesso modo delle altre persone giuridiche, possono cioè agire in giudizio ed essere convenute nella persona dei rappresentanti costituiti secondo il loro statuto. Il principio generale, per cui della personalità dell'ente deve giudicarsi in base alla sua legge nazionale, non può certo soffrire eccezione per il fatto che la legge del luogo dove il processo si svolge disconosce la personalità delle società civili e delle libere associazioni (2). Soltanto sarà opportuno

(1) Vedi la nota 1 della pag. 175.

(2) In senso contrario il Rolin (op. cit. vol. I, pag. 174 e vol. III, pag. 304-6), il quale tuttavia ammette, che, non potendosi disconoscere gli effetti prodotti in paese straniero dalla loro esistenza giuridica in questo paese, le società ci-

ricordare che, per ammettere l'esistenza estraterritoriale della personalità coi relativi effetti processuali, bisogna essere ben sicuri che essa risulti in modo esplicito dalla legge straniera (1)

vili ed associazioni straniere aventi personalità secondo la loro legge nazionale possano agire davanti ai tribunali belghi per obbligazioni regolarmente contratte nel loro paese d'origine. La Cassazione di Firenze, decidendo a torto con sent. 28 dic. 1874 (*Foro it.* 1875, I, 483) che le società civili non si possono ritenere persone giuridiche a tenore del § 26 Cod. civ. austriaco e che quindi una società civile austriaca deve ritenersi uguale alle società civili italiane, pare fosse disposta ad ammettere che, data una diversa interpretazione del diritto straniero, questa sarebbe valsa anche nel nostro territorio. Al contrario si deve ritenere che una società civile italiana non avrà in Austria la personalità, che pure colà è goduta dalle società dello stesso genere (cfr. v. CANSTEIN in LESKE u. LOEWENFELD III parte 1ª pag. 74). Il Cons. di Stato nel parere 3 luglio 1903 (*Giur. it.* Rep. del 1903 v. Enti morali n. 4) disse che una società inglese, quantunque a responsabilità limitata, se si prefigge uno scopo di assistenza civile, scevro di ogni intendimento di lucro da parte dei soci, deve considerarsi come persona giuridica, che per operare nel Regno deve ottenere il riconoscimento da parte del nostro governo.

(1) Un esame delle più note ed importanti leggi degli Stati civili mostra subito come tale sicurezza si abbia in casi ben limitati. — In Italia, è noto, non si discute neanche se le società civili costituiscano persone giuridiche, essendovi perfetta concordia sulla negativa (vedi le numerose citazioni fatte dal MANARA op. cit. vol. II sez. 1ª nota 2, in fine, a pag. 44 e la dimostrazione in base alla nostra legge e alla sua *ratio* storica, data dal RODINO, Il contratto di società nel dir. civ. it. vol. I, Torino 1899-1902, pag. 298-306).

e non sia invece frutto d'interpretazione più o meno incerta ed oscillante della dottrina e della giurisprudenza.

Poichè molte leggi accordano la personalità

Lo stesso deve dirsi delle semplici associazioni, la cui entità giuridica viene determinata mediante l'analisi comparativa delle due figure ben delineate della corporazione e della società civile (vedi in proposito l'eccellente studio del CHIRONI in *Legge* 1901, I, 176). — In Francia una notevole maggioranza di scrittori ed una autorevolissima giurisprudenza attribuiscono la personalità giuridica anche alle società civili (vedi i numerosissimi richiami fatti dal MANARA op. cit. vol. II sez. 1ª n. 2 a pag. 44 e pag. 77-8; e dal RODINO op. cit. pag. 306-7 e 310-311 nelle note: aggiungi DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 299-300 e 378-394); ma non esistendo alcuna precisa disposizione di legge è resa possibile ed è infatti da più d'uno adottata l'opinione contraria, ond'io non credo possa ammettersi col DE PAEPE (vol. II pag. 387) che una società civile francese sia da considerare all'estero come una persona giuridica. Invece le semplici associazioni hanno secondo l'opinione dominante una specie di personalità incompleta in quanto questa ha quasi esclusivamente riguardo alla posizione processuale; esse possono infatti, quando sono state costituite in uno scopo d'interesse generale coll'autorizzazione amministrativa, agire in giudizio e essere convenute nelle persone dei loro amministratori, agenti o sindaci, che hanno il potere di rappresentarle secondo gli statuti (DE PAEPE op. e vol. cit. pag. 391-2). — Anche nel Belgio malgrado il silenzio della legge è opinione diffusa nella dottrina e spesso adottata dai magistrati che le società civili abbiano personalità giuridica; ma è pur molto forte l'opinione contraria, avvalorata dal fatto che la legge 18 maggio 1873, accordando espressamente la personalità giuridica alle società com-

alle società commerciali e la negano a quelle civili o pur, negandola alle une e alle altre, accor-

merciali, s' intenda abbia voluto negarla alle società civili, tale risultando dai lavori preparatori essere stata l' intenzione dei legislatori. In base a questa seconda opinione pure si ammette che le società civili — e ad esse sono parificate le semplici associazioni — possano stare in giudizio per mezzo di un mandatario costituito nell' atto costitutivo o in un atto posteriore (cfr. LAURENT, Principes de droit civil vol. XXVI n.[i] 181 e 182; ROLIN, op. cit. vol. I, n.[i] 32 e 33; DE PAEPE op. e vol. cit. pag. 273, 299-304, 379-394). — In Germania durante l' elaborazione del codice civile erasi sostenuto il concetto che ogni società per il solo fatto della sua esistenza costituisce una persona giuridica. Ma nel suo testo definitivo il nuovo codice esclude la personalità della società civile (§ 54) e, distinguendo nelle associazioni quelle che hanno da quelle che non hanno scopo economico, per l' attribuzione della personalità, richiede per le prime in difetto di disposizioni speciali della legislazione federale la concessione dello Stato dove hanno la loro sede (§ 22) e per le seconde la semplice iscrizione nel registro delle società (§ 21). Quanto alle associazioni prive di personalità giuridica è da ricordare il § 50 del C. P. O. del 1898, il quale dopo aver fissato il principio generale che la capacità ad essere parte nel giudizio viene determinata dalla qualità di soggetto di diritto (Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist) dispone che le società giuridicamente incapaci possono essere convenute come se fossero giuridicamente capaci (Vereine, die nicht rechtsfähig sind, können werklagt werden, wie wenn sie rechtsfähig wären). Questa disposizione, che già era nel C. P. O. del 1877, non è tanto notevole per la concessione della capacità di parte passiva quanto per l' esclusione di quella attiva, la quale era prima praticata dalla giurisprudenza (SEUFFERT in HELLWIG op. cit. vol. I, pag. 305 n. 16) e per certi rapporti è praticata ancora (HELLWIG, op. cit. vol. I, pag. 307).

dano alle prime una capacità di parte puramente formale, che negano alle seconde, e poichè le so-

Certo è assai discutibile se sia giusto presupporre processualmente una personalità insistente nel campo privato per attribuire soltanto parzialmente la capacità di parte in giudizio (SCHMIDT, Die Aenderungen des Civilprocessrechts nach den Novellen des Jahres 1898, pag. 24-5); ma quanto alla caratterizzazione di tale parziale capacità, non v'è dubbio che essa è una capacità di parte nel senso puramente formale, nel senso cioè della possibilità attribuita a più soci di essere convenuti senza indicazione individuale sotto un nome comune, per quanto materialmente tutti i soci siano parti come persone singole (cfr. WACH op. cit. pag. 520-2 con molte indicazioni bibliografiche nelle note; SCHMIDT, Handbuch pag. 148-9; HELLWIG op. cit. vol. I, pag. 304-7; SCHULTZE, Zur neuen deutschen Civilprocessordnung in GRÜNHUT's *Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht* vol. XXVIII (1901) pag. 518-526). — In Svizzera il codice federale delle obbligazioni del 14 giugno 1881 agli art. 716 e 717 dispone che le associazioni di qualsiasi genere godono della personalità giuridica quando l'abbiano ottenuta a termini del diritto cantonale, purchè si facciano iscrivere nel registro di commercio. Ora i codici dei cantoni tedeschi ammettono quasi sempre che ogni società civile o commerciale forma una persona giuridica: tali il Cod. di Berna art. 885 e 887, il Cod. dei Grigioni art. 441 e il Cod. di Zurigo, quantunque quest'ultimo non molto esplicitamente (LEHR, Éléments de droit civil germanique pag. 241-2). — Il cod. civ. spagnuolo del 1889 all'art. 36 enumera come persone giuridiche le associazioni d'interesse particolare civile, commerciale o industriale, negando la personalità soltanto alle società, le cui clausole restano segrete fra gli associati e nelle quali ciascuno di essi agisce verso i terzi in suo proprio nome (LEHR, Éléments de droit civil espagnol 2ª partie pag. 48 e 303). — In Russia dalla definizione,

cietà commerciali straniere godono rispetto alla loro capacità nel processo di un trattamento di

che il codice civile dà delle società in genere all'art. 2126, non pare possa indursi con sicurezza la personalità giuridica, come ritiene invece il LEHR, Éléments de droit civil russe vol. II pag. 307-8. — In Inghillerra la *partnership* non ha personalità giuridica, ma per comodo può agire ed essere convenuta sotto il suo nome sociale, pur restando in fatto ciascun socio parte nell'azione. Sulle associazioni non esiste una legge generale; esistono invece molti Atti, che attribuiscono a varie specie di associazioni la personalità giuridica. Questa può essere acquistata dalle associazioni senza scopo lucrativo mediante l'iscrizione, concessa dal *Board of Trade,* come società a responsabilità limitata senza addiezione della parola *limited* (*Companies Act* 1867 sez. 23); esse possono allora agire ed essere convenute nel loro proprio nome nella persona del loro direttore o dell'altra persona designata dagli statuti o dall'assemblea. In base a molti Atti emanati dal 1875 al 1893 molte specie di associazioni senza scopo lucrativo sono autorizzate a farsi iscrivere nel registro; ma non acquistano con ciò la personalità. Così è per es. delle *Trade Unions,* la cui posizione è regolata da un Atto del 1876. Tuttavia la giurisprudenza per considerazioni d'indole pratica riconosce costantemente a queste società registrate il diritto di agire e di essere convenute nella persona dei loro rappresentanti. Si ha così qualche cosa di intermedio fra le corporazioni e le associazioni pure e semplici. Le società che non possono invocare alcuna speciale disposizione legislativa, non sono cioè nè personificate nè registrate, ad es. i *Clubs*, sono rette dalla *common law* e si trovano in una posizione simile a quella della *partnership;* non possono agire ed essere convenute nel nome sociale, ma quando il numero dei membri è considerevole la giurisprudenza della Corte Suprema permette che uno solo o più fra essi rappresentino gli altri come at-

favore legislativo e convenzionale, che le società civili non possono invocare [1], sarà in molti casi indispensabile risolvere il quesito, se la società straniera, che si fa attrice od è convenuta, abbia natura civile o commerciale. Anche tale questione dev' essere risolta in base alla legge nazionale ossia alla legge del luogo dove la società ha la sua sede [2]. Quindi per es. una società costituita

tori o convenuti in un processo (vedi GORE-BROWNE, Des associations sans but lucratif en Angleterre, in *Journal* 1903 pag. 5-24). — Negli Stati Uniti d' America vi sono leggi speciali per le diverse specie di società nei diversi Stati dell' Unione; ond' è estremamente difficile fare un quadro legislativo completo. Per es. nello Stato di New-Jersey una società civile o commerciale o senza scopo lucrativo ha il diritto di stare in giudizio ed ha i poteri ordinari di un ente morale; e nello Stato di New-Jork una legge generale del 23 aprile 1896 autorizza le società di beneficenza a nominare dei fidecommissari (*Trustees*) per amministrare i loro beni e a stare in giudizio in loro nome (vedi CACHARD, Le droit d' association aux États-Unis, in *Journal*, 1903, pag. 727-735).

(1) Cfr. ROLIN op. cit. vol. III, pag. 278.

(2) La questione viene generalmente agitata nei riguardi della competenza, per determinare cioè se la società straniera sia giudicabile dai tribunali civili o da quelli commerciali, e dalla gran maggioranza di autori e giudicati risolta a favore della *lex fori*. Così in Italia la Corte d' app. di Genova con sent. 25 gennaio 1886 citata ed approvata dal VIDARI, op. cit. vol. I, pag. 542 n. 3. Nello stesso senso nella dottrina possono ricordarsi: LACHAU op. cit. pag. 288; PINEAU op. cit. pag. 71-4; DE PAEPE op. cit. vol. II, pag. 399-400 e 413-4, il quale riferisce varie decisioni della magistratura

all'estero per lo scavo di miniere o per l'acquisto e la rivendita di beni immobili ed avente i caratteri sostanziali e formali di una società commerciale nel suo paese d'origine, dovrà come tale essere trattata anche nel Belgio, dove tuttavia le società aventi uno degli scopi accennati, anche quando assumono la forma dell'anonima, son sempre considerate di carattere civile [1].

A questa legge stessa deve ricollegarsi l'altra

belga, fra cui è da ricordare quella della Cass. 13 maggio 1897 (*Pas.* 1897, I, 85). A favore della legge nazionale si pronunciarono invece l'app. Venezia 7 gennaio 1887 (*Journal* 1889 pag. 509) e il Trib. com. della Senna 8 ag. 1895 (*Journal* 1895 pag. 1077) e fra gli autori il MAMELOK op. cit. pag. 282-3 (il quale tuttavia crede che la questione non possa risolversi in modo generale, a favore di *un dato diritto,* ma che debbano darsi diverse risoluzioni *secondo i diversi effetti*, che nei casi concreti si ricollegano alla qualità di commerciante; quindi la *lex fori* per la competenza) e il DIENA, op. cit. vol. I, pag. 293-301, il quale dimostra esaurientemente come nonostante le conseguenze d'indole processuale si tratti in sostanza di una questione di statuto personale.

[1] Vedi in contrario ROLIN op. cit. vol. I, pag. 172-3 e vol. III pag. 305, 326-7, 335-6, 364-5. Il GUILLERY, Des soc. comm. en Belgique vol. III n.° 283 (cit. dal ROLIN I, 172) arriva allo stesso risultato pratico da noi sostenuto, soltanto partendo dal concetto che l'art. 128 della legge 18 maggio 1873, che accorda alle società straniere il diritto di fare operazioni e di stare in giudizio nel Belgio, comprende anche le società civili straniere costituite colla forma dell'anonima.

questione, se una società civile straniera abbia assunto forma commerciale e quali siano gli effetti di tale assunzione nei riguardi della capacità di diritto materiale o formale [1]. In generale una società civile prendendo forma commerciale non cambia perciò natura, non diventa senz' altro una società commerciale [2], ma acquista la personalità, che sia eventualmente concessa alle società commerciali del suo paese; quindi la ricerca da istituirsi in base alla legge nazionale può presentare un notevole interesse agli effetti processuali.

Altra questione di qualificazione, che può imporre la ricerca della legge competente, è quella che sta nel determinare se una riunione di più persone esistente all' estero sia da considerare come una società civile o come una semplice associazione. Il carattere differenziatore consistente nello scopo di lucro può essere motivo di diverso ordinamento legislativo e quindi in definitiva dell' esistenza o della mancanza della capacità

[1] Cfr. LYON-CAEN et RENAULT op. cit. vol. I, n.° 183 e 211 e vol. II, n.° 1127; PINEAU op. cit. pag. 71-4; DE BOECK in nota alla sent. app. Gand 11 gennaio 1890 (*Dalloz*, 1890, II, 353); MAMELOK pag. 283-4.

[2] Una diversa soluzione dà la legge francese del 1° agosto 1893, la quale assimila completamente alle società commerciali le società civili, che hanno assunto forma commerciale. Cfr. DE PAEPE op. cit. vol II, pag. 383-4 e 387.

di parte nel processo. Anche qui bisognerà, ancora una volta, dare impero alla legge straniera, a cui la riunione di più persone è sottomessa [1].

Esclusa in una società civile o associazione straniera la personalità in base alla sua legge nazionale [2], sarà sempre in base a questa legge che dovrà giudicarsi dalla sua capacità di parte processuale; quindi se la società od associazione sia di un paese, che con norma espressa riconosce in essa la capacità di parte puramente formale, di tale norma dovrà farsi applicazione anche dai tribunali stranieri. Ma il caso sarà raro, mentre il più spesso nei diversi paesi la questione della capacità di parte di una società o associazione sprovvista di personalità giuridica viene risolta con vari procedimenti interpretativi dalla giurisprudenza. Allora le società e associazioni straniere saranno trattate alla stessa stregua delle nazionali [3].

[1] Rolin op. cit. vol. III, pag. 307-8.

[2] Sulla nazionalità delle società civili e delle associazioni vedi i miei *Enti collettivi* pag. 247-250 e l'art. cit. dell'Arminjon in *Rev. de droit intern.* 1902 pag. 434-9. Per il principio già tante volte applicato, dalla nazionalità dipende il loro statuto personale, che non è punto inconciliabile, come qualcheduno ha ritenuto, coll'assenza di personalità giuridica (così il Rolin vol. III pag. 336, il quale tuttavia pare sia in contraddizione con quanto egli stesso ha ammesso precedentemente a pag. 288).

[3] Cfr. de Paepe op. cit. vol. II, pag. 383 e 387.

In Italia la più recente ed autorevole dottrina [1], seguita abbastanza largamente dalla giurisprudenza, ritiene che le società civili e le associazioni possono senz'altro stare in giudizio come attrici e come convenute nella persona del rappresentante designato dallo statuto [2]; lo stesso deve ammettersi per le società civili e associazioni straniere. S'intende che ove il giudice sia convinto, che una società od associazione italiana non possa agire in giudizio od essere convenuta che nel nome di tutti i soci, la stessa soluzione egli dovrà adottare anche trattandosi di una società od associazione straniera [3]. Ma in nessun caso sarebbe autorizzata una diversità di trattamento. Così se, in base al concetto della rappresentanza, si ritiene colla teoria dominante che l'art. 137 Cod. proc. civ. relativo alla notifica delle citazioni alle società commerciali si applichi anche alle

[1] Vedi fra gli altri MORTARA op. cit. vol. II, pag. 717-8; MANARA op. cit. vol. II sez. 1ª pag. 245-256 (vedi per la giurisprudenza la n. 2 a pag. 155); CHIRONI e ABELLO op. cit. vol. I, pag. 171-4. Molti richiami di dottrina e giurisprudenza nel senso da noi affermato come prevalente e nel senso contrario si possono trovare in RODINO, op. e vol. cit. pag. 324-336, specialmente nelle note.

[2] Sulla differenza fra questa rappresentanza e quella di una persona giuridica si può consultare sopra tutti il GIORGI, op. cit. vol. I, n.i 64 e 65 e nota in *Foro it.* 1891, I, 22-8.

[3] Così per il Belgio ritiene il DE PAEPE op. cit. vol. II pag. 393. Per la Francia vedi LACHAU op. cit. pag. 168.

società civili e alle semplici associazioni ([1]), lo stesso principio dovrà applicarsi quando si tratti di convenire in giudizio davanti ai nostri tribunali una società o associazione straniera ([2]). Al contrario un regolamento inglese del 1883 dice che « una società inglese può essere citata con notificazione del *writ* alla sede sociale senza che vi sia bisogno di notificarlo a ciascuno dei suoi membri; ma la citazione non può essere fatta all'estero ad una società straniera che con notificazione fatta a ciascuno dei suoi membri individualmente » ([3]). Tutti i motivi d'indole giuridica e di semplice utilità, che inducono a riconoscere processualmente la rappresentanza designata negli statuti di una società civile od associazione nazionale, devono valere per l'analogo riconosci-

([1]) Cfr. MATTIROLO, Trattato di dir. giudiz. civ. 5ª ediz. vol. II, n.° 59 e n.° 714 testo e nota 1 a pag. 641; MANARA op. cit. vol. II, sez. 1ª pag 245-7.

([2]) Seguendo la giurisprudenza, la quale più volte ha ritenuto che le società civili nazionali devono essere citate alla sede sociale così come enti per sè sussistenti o in persona del loro direttore od amministratore, il Trib civ. di Anversa con sent. 22 luglio 1893 (*Journal* 1894 pag. 1080) decise che anche trattandosi di una società straniera, nella specie inglese, non godente secondo il suo statuto personale della personalità civile, non si debba citarla e farla comparire nella persona di ciascuno degli associati che la compongono.

([3]) Vedi la giurisprudenza inglese relativa in *Journal* 1891 pag. 587.

mento rispetto ad una società civile o associazione straniera. Se si riconosce la perfetta validità di una clausola contrattuale fra soci per la designazione di un rappresentante, tale validità non può certo negarsi soltanto perchè si tratti di partecipanti di una società straniera; l'atto giuridico, nei due casi identico, deve avere identica interpretazione. E riconosciuto il valore del patto sociale agli effetti che qui c'interessano, esso, come qualunque contratto valido, deve essere necessariamente riconosciuto anche fuori del territorio dove fu posto in essere. È inoltre da osservare, che l'opinione seguita per le società nazionali evita il grave inconveniente di numerosi atti giudiziali da notificare spesso in luoghi diversi e lontani e che seguendo l'opinione contraria per le società straniere l'inconveniente viene aumentato dalla difficoltà di citazioni fatte in paese straniero. Sicchè la disposizione del regolamento inglese, dettata apparentemente in odio alle società straniere, viene a ricadere in gran parte sull'attore nazionale, che si trova ingiustamente gravato e che può talora essere distolto per tal motivo dal chiamare in giudizio una società straniera, il cui gran numero di soci può essergli perfino sconosciuto.

La tendenza della nostra giurisprudenza, che non ci offre in proposito documenti diretti, può desumersi da alcune decisioni, nelle quali è po-

sto il principio che le società commerciali straniere, irregolarmente costituite nel loro paese d'origine o che non hanno ottemperato alle condizioni e formalità fissate dalla legge italiana per esercitare il commercio nel regno, devono considerarsi come società di fatto o civili (1) e come tali capaci di stare in giudizio davanti ai nostri tribunali (2).

Quanto alla efficacia inibitoria del principio di ordine pubblico bisogna ripetere ciò che si è detto precedentemente a proposito delle persone giuridiche e delle società commerciali straniere. Una società o associazione formata all'estero per uno scopo, ritenuto contrario al nostro ordine pubblico, anche se lecito secondo la legge nazionale, non sarà dai nostri magistrati riconosciuta

(1) Sull'equivalenza dei due concetti di società di fatto e di società civile vedi l'interessante nota del GABBA in *Foro it.* 1886, I, 808.

(2) Vedi app. Genova 4 marzo 1889 (*Foro it.* 1889, I, 590); Cass. Torino 30 giugno 1887 (*Foro it.* 1887, I, 601 con nota); app. Venezia 13 giugno e 11 luglio 1893 (*Temi Veneta* 1893 pag. 354 e 389); Cass. Firenze 21 giugno 1894 (*Temi Veneta* 1894 pag. 373). In contrario vedi Cass. Torino 20 febbraio 1886 e 19 giugno 1887 (*Mon. Trib.* 1886 pag. 709 e 1887 pag. 601) e l'articolo del LUCHINI in *Giur. it.* 1896, IV, 81. Si noti come sia da tutti riconosciuto, che la rappresentanza in giudizio delle società commerciali è ammissibile anche quando queste non siano state regolarmente costituite e però siano soltanto da considerare come società di fatto (MANARA, op. cit. vol. II, sez. 1.ª pag. 257-8).

valida e per conseguenza sotto nessuna forma ammessa ad agire in giudizio e ad esservi convenuta. Ma qui pure si dovrà star lontani dall'eccessivo rigore e quindi ammettere che si possano far valere giudizialmente i diritti acquisiti dalla società o contro di essa in dipendenza di atti giuridici, che per se stessi e facendo attrazione dall'originario atto di società, a cui non si mostrano strettamente legati, non presentano alcuna diretta lesione all'ordine pubblico territoriale [1].

18. — La capacità processuale o capacità di una parte di stare in giudizio (*legitima persona standi in judicio*) è anch'essa un concetto processuale, ma così indissolubilmente legato al diritto privato, che a questo si devono per necessità richiederne le condizioni di esistenza [2]. Come la capacità di parte è la subbiettività giuridica processuale, così la capacità processuale è la capacità di agire processuale ossia la capacità di compiere atti processuali da sè o per mezzo di un rappresentante liberamente scelto; e a quel modo che la capacità di parte è il corollario

[1] Cfr. Rolin, op. cit. vol. III, pag. 283-7, 308-310 e 314-6 (sono ivi riferiti molti casi di giurisprudenza francese).

[2] Cfr. Wach, op. cit. vol. I pag. 122 e 532-3. Sulla nozione di capacità processuale si possono del resto consultare tutti gli autori indicati dal Walker, op. cit. pag. 42 in nota, aggiungendo Schmidt, op. cit. pag. 149-151.

processuale della capacità di diritto, la capacità processuale è una conseguenza della capacità di agire del diritto privato [1] e deve essere sottoposta alla stessa legge che determina quest' ultima. Anche qui dunque la soluzione di un problema di diritto processuale internazionale dipende da quella di un problema di diritto internazionale privato; e anche qui possiamo procedere in massima per rinvio, osservando che ben difficilmente potrebbe trovarsi nella nostra scienza un principio meglio stabilito e più generalmente accolto di quello, per cui la capacità di agire dello straniero deve essere determinata dalla sua legge nazionale [2]. In ogni modo, partendo dal concetto per cui la capacità processuale è la figura pro-

[1] In tutte quante le legislazioni si trova affermato il concetto, che non può entrare per mezzo di atti propri di volontà in rapporti giuridici processuali, ossia non è processualmente capace di agire, chi secondo le norme del diritto privato non è capace di agire e di obbligarsi. Vedi per es. per la Svizzera, la Spagna, la Russia e l'Olanda quanto riferiscono SESKE u. LOEWENFELD, op. cit. vol. I pag. 470 e 649, vol. II pag. 594, vol. III parte 1.ª pag. 365. Per la Germania (§ 50 e 51 C. P. O. e § 104 B. G.-B.) vedi WACH, pag. 533 e segg. e SCHMIDT, op. cit. pag. 149-150. Per l'Austria vedi i §§ 1 e 52 C. P. O. Per l'Italia (art. 36 capov. Cod. proc. civ.) MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 631.

[2] Anche qui, per decidere quale debba intendersi per legge nazionale, s' impone il problema del *rinvio*. La soluzione, che a questo si dà nel campo del diritto internazionale privato, deve valere in mancanza di alcun elemento diverso di decisione anche nel campo del diritto processuale

cessuale della civilistica capacità di agire, i magistrati saranno autorizzati a stabilire la prima, in base a quella stessa legge, che secondo le norme di diritto internazionale privato vigenti nel loro Stato vale a stabilire la seconda [1]. Così per es. in Danimarca e in Norvegia la capacità processuale come quella di agire del diritto privato deve essere giudicata secondo la *lex domicilii* e non secondo la legge nazionale [2]. In Austria prima della pubblicazione del nuovo *Civilprozessordnung* si applicava per la capacità processuale la disposizione data per la capacità di agire dal § 34 del codice civile, il quale nei due campi era soggetto alla stessa varietà di in-

internazionale. E la nostra, come avremo meglio agio di vedere in seguito, è soluzione decisamente negativa. Cfr. intanto MEILI op. cit., vol. I, pag. 7.

(1) Cfr. WACH, op. cit. pag. 547; VON BAR, op. cit. vol. II, pag. 387; MEILI, Das internat. Civilprocessrecht I, 75-7 e 80. Non sempre questo procedimento sarà legittimo. Nelle leggi dei varî paesi può infatti trovarsi un qualche caso, in cui la capacità processuale si emancipa dall'anologia col diritto privato; così per es. è in Germania rispetto alla donna maritata, la quale non ha integra la capacità di agire, ma è processualmente capace anche nei processi sugli affari, per cui la sua capacità di agire è limitata (cfr. SCHMIDT, op. cit. pag. 151). In tali casi vale quanto abbiamo sopra accennato circa la capacità di parte puramente formale; cioè il giudice dovrà aver riguardo soltanto alla norma straniera sulla capacità processuale, senza curarsi della diversa norma sulla capacità di agire del diritto privato.

(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 795.

terpretazioni circa i rapporti fra la legge nazionale e quella del domicilio [1].

Se la *lex fori* fa regolare la capacità di agire o in generale o solo relativamente ai beni immobili dalla legge territoriale [2], sarà questa stessa legge che regolerà la capacità processuale o in genere o solo relativamente alle azioni immobiliari [3].

Se la legge del luogo del processo ammette in alcuni casi, per tutelare l'interesse delle contrattazioni, l'impero dello statuto territoriale sulla capacità di agire [4], evidentemente dallo stesso statuto territoriale sarà governata la capacità processuale. Così in Svizzera l'art. 10 della legge federale 22 giugno 1881, dopo aver posto il principio di massima che la capacità civile degli stranieri è retta dalla loro legge nazionale, dispone che lo straniero civilmente ca-

[1] Cfr. WALKER, op. cit. pag. 46-53 coi numerosi richiami nelle note.

[2] Così nella dottrina e nella pratica anglo-americana: cfr. STORY op. cit. § 75 e segg.; WHARTON op. cit. § 113 e seg.; WESTLAKE op. cit. cap. 3; PHILLIMORE op. cit. vol. IV § 382. Esempi di recentissima giurisprudenza americana si possono trovare in *Zeitschrift f. intern. Priv.-u. öffentl. Recht* 1904, pag. 98 e 175.

[3] LESKE u. LOEWENFELD I, 666; MEILI, op. cit. I, 82-3.

[4] Un diligente esame delle leggi dei vari paesi, che esplicitamente sanciscono il principio accennato, è dato dall'ANZILOTTI, Studi critici, pag. 150-152.

pace secondo il diritto svizzero si obbliga validamente in Svizzera, anche quando sia incapace secondo la sua legge nazionale. In tal modo l'italiano, quantunque maggiore solo a 21 anni secondo la nostra legge, è ritenuto capace di obbligarsi in Svizzera a 20 anni, epoca della maggiore età federale; e siccome la capacità processuale è pedissequa della capacità di obbligarsi, dovrà ritenersi che l'italiano in quelle condizioni per gl'impegni validamente assunti in Svizzera è rispetto ai tribunali svizzeri processualmente capace. Sarebbe infatti assurdo ammettere la legale rappresentanza in giudizio di una persona, che dalla legge del luogo del processo è considerata nella posizione di maggiore. [1]

La connessione fra la norma di diritto internazionale privato, che dà eccezionale impero sulla capacità personale alla *lex loci actus*, e la norma di diritto processuale internazionale, che in certi casi applicando la *lex fori* rende processualmente capace anche chi non è tale secondo la legge del suo paese, non è meno necessaria da che le ragioni, che sono a base

[1] Sulla citata disposizione della legge federale vedi ROGUIN (op. cit. pag. 464-5), il quale però prescinde dalle conseguenze processuali. Queste sono appena accennate dal MEILI, op. cit. vol. I pag. 83. Cfr. la sent. 19 febbraio 1901 del Tribunale federale (*Riv. di dir. internaz.* 1901 pag. 185-7), che in una questione analoga a quella da noi esaminata sembra adotti un criterio diverso dal nostro.

della prima norma, non suffragano la seconda. Giustamente osserva il von Bar che il processo non è un negozio giuridico che si conclude in fretta, e che si ha tutto il tempo e l'agio per informarsi della capacità processuale dell'avversario [1]. Il bisogno dunque di tutelare la buona fede del commercio internazionale non può invocarsi a sostegno del sistema adottato in Germania ed in Austria, dove la capacità processuale degli stranieri non viene regolata come negli altri Stati mercè un rinvio puro e semplice alla norma di diritto internazionale privato circa la capacità personale, ma è oggetto di una speciale disposizione. In Germania secondo il § 55 del C. P. O. del 1898 (corrispondente al § 53 del

[1] VON BAR, op. cit. vol. II, pag. 389. Aggiunge tuttavia quest'autore che nei procedimenti di carattere urgente, per es., in quello per sequestro, dove anzitutto si decide in base a ricerche superficiali e in certo senso solo provvisoriamente, appare naturale che secondo le circostanze si possa, appunto in via provvisoria, riconoscere come processualmente capace chi forse non è tale secondo le leggi della sua patria. Egli distingue inoltre fra la generale incapacità di agire per l'introduzione di un processo, che viene facilmente in vista, e le speciali limitazioni di capacità per il compimento di singole specie di atti processuali, che facilmente sfuggono (tanto più che atti processuali, che sono nominalmente gli stessi, hanno realmente nelle diverse leggi un diverso significato) e però allo scopo di tutelare la buona fede del commercio internazionale non devono avere effetto estraterritoriale.

C. P. O. del 1877) [1] lo straniero, che per la sua legge nazionale non è processualmente capace, viene considerato invece come capace, se per tale è riconosciuto dalla legge del luogo del giudizio. Questa disposizione non ha la tendenza di escludere in genere l'applicabilità del diritto straniero; quindi uno straniero, dovunque domiciliato, che sia processualmente capace secondo la legge del suo paese, rimane tale in Germania anche se processualmente incapace secondo il diritto tedesco. Essa vuole soltanto che in Germania sia processualmente capace chi è tale secondo la legge del suo paese o secondo la *lex fori;* e il motivo, che l'ha ispirata, sta nel desiderio di dispensare il magistrato e la parte avversaria dalla ricerca del diritto straniero. Ma per questo vantaggio pratico raggiunto si hanno non pochi inconvenienti. Giustamente il von Bar, biasimando la disposizione, la indicò come uno di quei maltrattamenti spesso ricercati di principî, che si pretendono puramente teorici, in nome di pretesi principî pratici, che in realtà sono

[1] Cfr. BUNSEN, op. cit. pag. 123. Il testo del § 55 suona così: « Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Processfähigkeit mangelt, gilt als processfähig, wenn him nach dem Rechte des Processgerichts die Processfähigkeit zusteht ». Vedi su questa disposizione il largo commento del WACH, op. cit. pag. 547-550 con molte indicazioni bibliografiche nelle note.

assai poco pratici [1]. Uno dei maggiori dubbi, che solleva l'interpretazione del § 55, è quello di sapere se il tutore di uno straniero, minore secondo la sua legge nazionale e quindi processualmente incapace, possa essere ammesso come rappresentante legale davanti ai tribunali tedeschi, se lo straniero è processualmente capace secondo la *lex fori* tedesca. La questione, ora largamente discussa dalla dottrina, fu già sollevata in seno della Commissione di giustizia del Reichstag dal deputato Wolffson, il quale propose di aggiungere al § 53 l'inciso seguente: « Der Eintrit des gesetzlichen Vertreters in den Process wird durch den Paragraph nicht ausgeschlossen ». Ma la proposta fu giustamente respinta, come quella che avrebbe condotto a stabilire una doppia posizione giuridica della parte. Invero, se il pupillo straniero è considerato come maggiore e quindi processualmente capace in base alla legge tedesca, il consentire al tutore d'introdurre l'azione come suo rappresentante legale sarebbe una vera e propria contraddizione. Poichè infatti il diritto tedesco non conosce rappresentanza legale di una parte processualmente capace, l'ammissione del tutore sarebbe un riconosci-

[1] von Bar, op. cit. vol. II, pag. 388, nota 4.

mento di quella incapacità processuale, che viene negata dalla legge territoriale (¹).

In Austria il *Civilprocessordnung* del 1895 contiene al § 3 una disposizione identica a quella ora esaminata (²). Quindi anche in Austria lo lo straniero è considerato come processualmente capace, se egli è tale secondo il diritto del suo paese (*lex patriae*) o secondo il diritto del luogo del tribunale (*lex fori*). Ma osserva giustamente il Walker, che le difficoltà derivanti in Germania dall'applicazione del § 55 molto raramente sono possibili in Austria per l'applicazione del § 3. Nell'impero tedesco il limite della minore età e quindi anche della capacità processuale è più basso, e però più spesso avviene che alcuno manchi della capacità processuale secondo il diritto del suo paese, ma l'abbia secondo il diritto del luogo del processo; in Austria invece la maggiore età si raggiunge a 24 anni compiuti, cioè più tardi che in quasi tutti gli altri Stati, ed è quindi difficile che uno straniero processualmente

(¹) WACH, op. cit. pag. 549 e n. 44; VON BAR op. cit. vol. II, pag. 388 n. 4; WALKER, op. cit. pag. 55; LESKE u. LOEWENFELD I, 735 e gli autori ivi citati.

(²) Ecco il testo del § 3 del C. P. O. austriaco: « Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Processfähigkeit mangelt, ist vor den inländischen Gerichten als processfähig zu behandeln, wenn ihm nach den im Inlande geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Processfähigkeit zukommt ».

capace secondo la legge austriaca non lo sia anche per la sua legge nazionale [1].

È anche da notare che in Austria, a differenza della Germania, la questione della capacità processuale degli stranieri non è risoluta tutta ed esclusivamente dalla speciale disposizione del *Civilprocessordnung.* Questo ai § 1 e 52 dichiara processualmente capace ogni persona che può validamente obbligarsi, mentre secondo il § 34 del Cod. civ. tale capacità di obbligarsi e di agire può essere retta dalla legge del domicilio oltre e prima che dalla legge nazionale. È possibile quindi ritenere col v. Canstein che in Austria lo straniero è processualmente capace, se come tale è riconosciuto o dalla legge nazionale o dalla legge austriaca o anche dalla legge del domicilio; che in altri termini la validità di un atto processuale compiuto da uno straniero deve essere giudicata in base a quella fra le tre leggi che è ad essa favorevole [2]. Così un italiano di 20 anni compiti domiciliato in Svizzera sarà considerato in Austria processualmente capace, perchè tale è secondo la legge del domicilio, nonostante sia minore e quindi processualmente incapace secondo la legge nazionale italiana e secondo la *lex fori* austriaca.

[1] WALKER, op. cit. pag. 54-5.

[2] v. CANSTEIN in LESKE u. LOEWENFELD III, parte 1.ª pag. 73-4 e specialmente n. 2 a pag. 73.

Fra l' Austria e la Germania è da rilevare in proposito questa differenza, che nella prima la norma di diritto processuale internazionale non ha corrispondente nel diritto internazionale privato, mentre nella seconda al § 55 del C. P. O. corrisponde la norma contenuta nel capov. 3 dell' art. 7 della legge d' introduzione al Codice civile, che sancendo per tutto l' impero il sistema adottato da molti diritti particolari tedeschi riconosce capace d' agire nei rapporti di diritto privato chi è tale secondo il diritto tedesco, anche se incapace secondo la sua legge nazionale (1).

Alla mancanza di capacità processuale le diverse legislazioni non riconnettono la conseguenza che una persona non possa introdurre un processo con efficacia giuridica, agire ed essere convenuta, ma solamente la conseguenza che essa deve essere rappresentata, assistita o autorizzata. Ora quando in un processo è parte una persona incapace di agire o con capacità di agire limitata, la legge nazionale o quella del domicilio o quella

(1) Ecco il preciso tenore di questa disposizione: « Nimmt ein Ausländer im Inlande ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so gilt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde. Auf familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte sowie auf Rechtsgeschäfte, durch die über ein ansländisches Grundstück verfügt wird, findet diese Vorschrift keine Anwendung ».

del giudice a seconda dei casi, in base ai criteri precedentemente posti, dovrà decidere in qual modo la parte deve essere rappresentata, assistita, autorizzata ([1]). Ciò vale per i minori, gl'interdetti, gli inabilitati, gli assenti, le donne maritate. Ad esempio la capacità processuale di queste ultime anche sulla base dell'autorizzazione maritale o giudiziale dipende non dalla legge territoriale, ma dalla norma di collisione vigente nel luogo del processo ([2]). Di tal guisa nei paesi dove la capacità della donna maritata si giudica secondo la sua legge nazionale, i magistrati — qualunque siano in proposito le disposizioni della loro legge — ammetteranno la donna maritata straniera a stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, se la sua legge nazionale glielo consenta, ([3]) e

([1]) WALKER, op. cit. pag. 62-4.

([2]) CATELLANI, op. cit. 1.ª ediz. vol. III pag. 165; VON BAR op. cit. vol. I pag. 423-4; WEISS, op. cit. vol. III pag. 507 n. 4; MEILI, op. cit. vol. I pag. 81-2; STOCQUART, Du conflit de lois en matière d'autorisation maritale, in *Journal* 1903 pag. 977-980. Un'ampia rivista di legislazioni straniere sulla capacità della donna maritata si può trovare, oltre che nel WEISS op. e vol. cit. pag. 495-9, nel recentissimo libro del ROGUIN, Traité de droit civil comparé: le mariage. Paris, 1904 pag. 206-222.

([3]) La corte di app. di Gand nella sent. 24 dic. 1902 ritenne, che l'autorizzazione maritale o giudiziale per agire in giudizio è d'ordine pubblico e deve quindi nel Belgio richiedersi anche da una moglie straniera, che per la sua legge nazionale non vi sia soggetta (*Journal* 1903 pag. 980).

viceversa richiederanno questa autorizzazione, se essa sia imposta dalla legge nazionale, anche se essa non sia richiesta dalla legge del luogo del giudizio. Al contrario in Germania per effetto del § 55 del C. P. O. una moglie straniera può liberamente stare in giudizio come una moglie germanica (§ 51 n.° 2 del C. P. O.), anche se secondo la sua legge nazionale abbia bisogno dell'autorizzazione del marito. Ma anche in Germania, quando si sia constatata la incapacità processuale di uno straniero secondo la sua legge nazionale e secondo la legge tedesca, i poteri del suo rappresentante legale rispetto al processo devono essere giudicati in base alla legge nazionale; così per esempio se secondo il diritto straniero il rappresentante legale di uno straniero processualmente incapace ha bisogno di una speciale autorizzazione per introdurre l'azione, tale autorizzazione deve prodursi al tribunale tedesco, anche se la *lex fori* non la richieda (1).

I rappresentanti legalmente istituiti nello Stato, a cui appartiene la parte processualmente incapace, hanno di questa e senz' altro la rappresentanza processuale in tutti gli altri paesi. La dottrina contraria vige così in Inghilterra che negli Stati

Contro questa sentenza, che costituisce una rara eccezione nella giurisprudenza dei vari paesi, è diretto lo scritto, citato nella nota precedente, dello STOCQUART.

(1) LESKE u. LOEWENFELD, I, 735-6.

Uniti d' America, essendo principio generale della *common law* che un qualunque rappresentante legale di uno straniero (particolarmente esecutore o amministratore di successione) non può intentare azioni nè essere convenuto senza che la sua capacità di agire sia stata di nuovo riconosciuta ossia che egli abbia ottenuto *grant of probate or letters of administration* ([1]). Questo principio, a cui soltanto speciali statuti possono fare eccezione, si connette coll' altro dominante nella *common law*, secondo il quale la capacità processuale è giudicata in base alla *lex fori*; ma anche nei paesi, dove vige in proposito una teoria diversa, esso verrà assai facilmente accolto, quando la questione della rappresentanza oltre i confini del territorio vada connessa coll' altra dell' efficacia oltre i confini del territorio del provvedimento giudiziario, che istituì il rappresentante. Ciò ha luogo specialmente per il sindaco, curatore o altro amministratore del fallimento, la cui posizione estraterritoriale come rappresentante del fallito o della massa è legata all' efficacia estraterritoriale della sentenza dichiarativa. Dobbiamo pertanto fare una riserva per quando tratteremo di questa seconda questione, che è principale rispetto alla nostra, limitandoci qui a ricordare che in con-

([1]) DICEY-MOORE, op. cit. pag. 358-471 e LESKE u. LOEWENFELD II, 905-913.

formità della migliore e più generale dottrina la quarta Conferenza dell' Aja all' art. 6 del progetto di convenzione relativo al fallimento pose l' importante regola seguente, che è da augurare divenga presto diritto positivo negli Stati rappresentati:

« Sans qu' un exequatur préalable soit nécessaire, le syndic, curateur ou autre administrateur de la faillite, dûment nommé conformément à la loi de l' État où la faillite a été declarée, peut dans chaque État contractant prendre toutes mesures conservatoires ou d' administration concernant la faillite. Il peut également ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, en qualité de représentant du failli ou de la masse » (¹).

19. Le persone giuridiche in genere hanno la capacità di diritto, ma non la capacità di agire; hanno quindi la capacità di essere parti in giudizio, ma non la capacità processuale (²). E questo un

(¹) Actes de la quatrième Conférence de la Haye pag. 222.

(²) È assai discusso in dottrina, se le persone giuridiche abbiano incapacità di agire e incapacità processuale e quindi i loro rappresentanti si trovino in posizione analoga ai rappresentanti legali delle persone fisiche incapaci, oppure esse abbiano capacità di agire e capacità processuale e rispetto ad esse debba parlarsi di organi anzichè di rappresentanti. Ma, almeno dal nostro punto di vista, tale questione, che dipende dai vari concetti intorno all' essenza della persona giuridica (BUNSEN, op. cit. pag. 123 n. 17) non presenta alcun interesse pratico. Cfr. per la soluzione da noi adottata WACH op. cit. pag. 540 e segg. e Rocco in una bella

fenomeno universale, che deriva imprescindibilmente dalla natura stessa della personalità giuridica; onde dal punto di vista internazionale la sola questione che si presenta è quella relativa alla legge determinante la legittima costituzione della rappresentanza. Che questa legge debba essere la nazionale della persona giuridica, non è dubbio dopo quanto abbiamo detto precedentemente.

Tale principio si applica anzitutto allo Stato straniero, il quale potrà agire in giudizio o esservi convenuto (nei casi in cui ciò sia possibile) nella persona di coloro che secondo il suo diritto pubblico interno ne hanno la legittima rappresentanza. La rappresentanza dello Stato verso l'estero anche nei rapporti processuali è anzitutto validamente istituita nel sovrano [1]. Ciò fu riconosciuto in vari casi di giurisprudenza riferiti

nota alla sent. 15 aprile 1903 della Cass. di Torino (*Foro it.* 1904, I, 161). Vedi anche il § 26 capov. 2 del B. G.-B. germanico, il quale dispone che la direzione rappresenta la società di fronte ai terzi e davanti ai tribunali ed *ha la posizione di un rappresentante legale* (BUNSEN, op. cit. pag. 122).

[1] S' intende che il sovrano secondo il diritto interno del proprio Stato devè trovarsi nell' attualità di godimento del diritto di rappresentanza: così giustamente l'Oberlandgericht di Amburgo nella sentenza 11 nov. 1901 ebbe a ritenere invalido un mandato processuale sottoscritto a Parigi dal Presidente della Repubblica Sud-africana Krüger, perchè secondo la legge fondamentale di questo Stato il Presidente

dal Lawrence [1]. Gli Stati Uniti avevano citato in loro proprio nome un certo Arman per restituzione di una somma di denaro, di cui si dicevano proprietarî, e non avevano designato chi li dovesse rappresentare in giudizio. Il tribunale civile della Senna con sentenza 29 luglio 1868 ammise non pertanto l'azione, perchè ritenne doversi considerare gli Stati Uniti debitamente rappresentati dal loro Presidente come capo del potere esecutivo. Egualmente la Corte di Cancelleria inglese, ritornando sopra la sua precedente giurisprudenza, con la sentenza 17 giugno 1867 decise che il Presidente degli Stati Uniti può agire in giudizio nella sua qualità di capo dello Stato e che non v'è affatto ragione di sospendere il procedimento per obbligare il sovrano a costituire un rappresentante; la sospensione a tal fine deve essere ordinata soltanto nell'ipotesi che la controparte volesse sottoporre l'attore ad un interrogatorio e, non potendo citare il sovrano per rispondere, si fosse rivolta al tribunale per ottenere che si trovasse modo di ottemperare alla sua richiesta.

Ma questi casi saranno rari, perchè anche nei rapporti processuali come in quelli internazionali

perdeva il diritto di rappresentanza quando si recava all'estero (*Zeitschrift für intern. Priv.-u. Strafrecht* XI, 450).

[1] Lawrence, Commentaire sur les élém. de droit intern. et sur l'istoire des progrès du droit des gens de H. Wheaton vol. III pag. 422-7.

la rappresentanza dello Stato sarà normalmente mediata, impersonata cioè in pubblici ufficiali Il diritto pubblico interno di ogni paese determina gli organi amministrativi, che nell' orbita delle rispettive attribuzioni sono autorizzati alla rappresentanza processuale dello Stato; così ad es. in Italia esiste un regolamento 25 giugno 1865, che all' art. 2 designa i funzionarî, che possono rappresentare un giudizio le rispettive amministrazioni dello Stato e all' art. 9 indica le persone, a cui devono farsi le citazioni e notifiche [1]. Queste norme devono valere per il giudizio della legittimità della rappresentanza anche nei rapporti estraterritoriali. Così la Camera dei Lords, essendo provato che secondo la costituzione spagnuola un ministro può agire in giudizio per reclamare le indennità dovute in caso di inadempienza di un contratto da lui stipulato nell' interesse dello Stato, giustamente decise il 28 luglio 1902 che un ministro spagnuolo ha nel caso accennato qualità per agire davanti ai tribunali inglesi e che non è punto necessario, come aveva ritenuto il magistrato d' appello, che l' azione sia intentata direttamente dal capo dello Stato straniero [2].

Nella giurisprudenza si trova spesso adottato il sistema di riconoscere la rappresentanza proces-

[1] Cfr. Mortara, op. cit. vol. II, pag. 701-5.
[2] *Journal*, 1904 pag. 725.

suale nelle persone, per mezzo delle quali lo Stato ha compiuto nel territorio straniero l'atto giuridico contestato o che esso ha designati come propri mandatari entro quella cerchia di affari, che ha dato origine alla controversia. Così la Cassazione di Napoli con sentenza 27 marzo 1886, dopo avere affermata la competenza dei tribunali italiani a conoscere degli effetti di una obbligazione contratta verso un cittadino nel territorio italiano da uno Stato estero per mezzo del suo console, decise che l'azione contro lo Stato estero è regolarmente intentata contro il console quale suo legittimo rappresentante (¹). La Corte di appello di Lucca con sentenza 22 marzo 1886 (²) e la Cas-

(¹) *Foro it.* 1886, I, 399 con nota dell'avv. LIBERATORE. In senso conforme vedi la sent. 4 luglio 1902 del Tribunale di Napoli (*Riv. di dir. internaz.* 1902 pag. 219-227). — Si noti che all'infuori del caso riferito nè il console nè l'agente diplomatico avrebbero veste per rappresentare in un processo il proprio Stato. L'Oberlandgericht di Amburgo nella sentenza sopra citata (n. 1 a pag. 273) osservò giustamente che l'agente diplomatico è autorizzato soltanto a rappresentare il suo Stato di fronte all'altro Stato, presso il quale è accreditato, negli affari di diritto pubblico, e non anche a rappresentarlo come subbietto di diritto privato, come Fisco, di fronte a privati individui; egli quindi non ha legittima rappresentanza processuale del proprio Stato senza un espresso mandato del capo di esso, che l'autorizzi ad agire in nome dello Stato in quella cerchia di affari, che ha dato origine alla controversia.

(²) *Foro it.* 1886, I, 490 con nota del GABBA.

sazione di Firenze con sentenza 25 luglio 1886 [1] ritennero che avendo il Bey di Tunisi nominato come mandatario generale in Italia, per tutti gli affari concernenti la successione Samana, il comm. Guttieres, in quest' ultimo dovesse considerarsi impersonata la rappresentanza processuale del Bey per tutte le controversie giudiziali relative a quella successione. L' ipotesi riguardava la rappresentanza processuale di un sovrano, che non doveva essere convenuto nella sua qualità di capo dello Stato; ma anche in quest' ultimo caso la decisione non avrebbe potuto in base al principio essere diversa.

La capacità processuale delle persone giuridiche di diritto pubblico, allo stesso modo della loro capacità di agire nei rapporti d' indole privata, è regolata dallo statuto personale ossia da quel complesso di norme, che nell' ordinamento amministrativo dello Stato determinano la capacità di agire in giudizio, la legittimità della rappresentanza, il bisogno di autorizzazione e così via. Così per avere veste legittima di attori o di convenuti il Comune e la Provincia stranieri dovranno provare di avere soddisfatto, sia quanto alla rappresentanza sia quanto all' autorizzazione che fosse eventualmente necessaria, alle disposizioni della legge comunale e provinciale, alla

[1] *Foro it.* 1886, I, 913.

quale sono soggetti. A questo principio, che appare di un' evidenza indiscutibile, si uniformò il governo francese in occasione delle controversie sorte circa il testamento di un certo Senta, morto a Parigi il 22 marzo 1888 lasciando legatario universale il comune italiano di Sostegno. Avendo uno dei creditori dell' eredità opposto a quest' ultimo, che esso non poteva stare in giudizio davanti ai tribunali francesi, se prima non aveva ricevuto dal governo francese le autorizzazioni necessarie imposte dalla legge ai comuni in materia di vendita e di acquisto di immobili, il comune di Sostegno si era a tal uopo rivolto al ministro dell' interno francese per mezzo dell' incaricato d' affari d' Italia marchese Malaspina. Ma il ministro Ribot con lettera 9 luglio 1892 rispose giustamente, che il comune italiano non poteva essere soggetto alle disposizioni legislative, che riguardano la tutela dei comuni francesi, allorquando questo diritto di tutela è esercitato esclusivamente nell' interesse dell' ente, come in materia di autorizzazione ad agire in giudizio; e che quindi i tribunali francesi non potevano esigere altro che il comune di Sostegno fosse autorizzato ad agire in giudizio dalla deputazione provinciale, sotto la giurisdizione della quale esso si trovava, a tenore dell' art. 143 della legge italiana 20 marzo 1865 [1].

[1] *Journal* 1895 pag. 88. — All' art. 143 della legge 20 marzo 1865 va ora sostituito l' art. 173 del T. U. 11 febbraio

Ogni ordinamento giuridico in prima linea lascia decidere dallo statuto della persona giuridica quali persone naturali possano agire come suoi organi o rappresentanti e quale sia la sfera della loro attività; solo fin dove gli sembra necessario esso s' ingerisce di questo statuto integrandolo e modificandolo. Ora la legge nazionale della persona giuridica, che ne determina i presupposti d' esistenza, fissa anche le condizioni di validità e l' estensione di contenuto dello statuto; a questo dunque, in quanto è fissato col consenso dello Stato a cui la persona giuridica è soggetta, ossia in osservanza della legge straniera, spetta decidere quali siano le forme giuridiche delle manifestazioni della vita della persona giuridica ossia del suo agire. Così lo statuto anzitutto deve decidere quali siano gli organi o rappresentanti e quale sia la sfera della loro azione legittima; ma in secondo luogo deve guardarsi anche alla legge straniera, in base alla quale si deve non soltanto riscontrare la legittimità dello statuto, ma anche determinare il modo di integrarlo e modificarlo (¹).

1889 della legge com. e prov., per cui l' autorizzazione ad agire in giudizio circa diritti su immobili deve essere data dalla Giunta provinciale amministrativa, nella cui giurisdizione è posto il Comune.

(¹) Cfr. ZITELMANN (op. cit. vol. II pag. 127), il quale tuttavia anche nel regolamento internazionale della capacità di agire delle persone giuridiche fa intervenire l' azione del *Wirkungsstatut*. Per la capacità processuale delle persone

Tutto ciò vale per la capacità d'agire nel campo del diritto privato e vale anche per la capacità processuale [1]. Lo statuto dunque e la legge straniera, a cui esso è sottoposto, devono decidere quali organi possano agire processualmente per la persona giuridica e con quali condizioni. Così giustamente la Cassazione di Torino con sentenza

giuridiche è di massima importanza il concetto di statuto personale, designandosi con quest' espressione l'insieme dei diritti, che in base alla legge nazionale o del domicilio possono essere esercitati in nome della persona giuridica dai suoi rappresentanti. Ma alla soluzione dalla generalità e da noi adottata si può, negando rispetto alle persone giuridiche il concetto di statuto personale, arrivare agevolmente per altra via. Così secondo il PILLET (op. cit. pag. 331-2) i poteri dei rappresentanti hanno la loro fonte nel mandato ricevuto e l'estensione di questo mandato dipende essa stessa dalla legge, sotto l'impero della quale è stato dato; i rappresentanti agiscono non in virtù della pretesa capacità di una persona inesistente, ma in virtù di un diritto regolarmente acquistato, il quale merita di essere rispettato dovunque, ma nei limiti solamente in cui è stato acquistato.

[1] Cfr. VON BAR, op. cit. vol. II pag. 389. In contrario ZITELMANN (vol. II nota 71 a pag. 126), il quale, conseguente al suo sistema, da noi già esposto, circa la capacità di diritto e la capacità di parte, distingue la capacità di agire dalla capacità processuale e quest' ultima fa regolare dalla *lex fori*. Si noti che in Germania, poichè il § 55 del C. P. O. del 1898 si applica anche alla capacità processuale delle persone giuridiche straniere, queste devono considerarsi come processualmente capaci, se sono tali secondo la legge del loro paese o secondo la *lex fori:* vedi LESKE u. LOEWENFELD I, 748.

22 gennaio 1897 [1] giudicò, che per dichiarare in via pregiudiziale ammissibile il ricorso di un ente morale straniero occorreva non soltanto che questo producesse a prova della sua personalità giuridica l'atto governativo di erezione ottenuto dal governo straniero o un regolare attestato comprovante l'esistenza di tale atto (il che era sufficiente per il riconoscimento della capacità di parte), ma anche lo statuto per vedere a chi esso deleghi la rappresentanza e con quali facoltà e la deliberazione del corpo consultivo a ciò deputato dello statuto per vedere se esistesse l'autorizzazione di adire i tribunali (il che era necessario per constatare l'esistenza della capacità processuale).

Lo stesso principio vale anche per le società commerciali, le quali dunque potranno stare in giudizio davanti a tribunali stranieri per mezzo dei rappresentanti od amministratori a ciò deputati dalla legge nazionale e dallo statuto sociale [2].

L'applicazione di questo principio è assai semplice rispetto alle società straniere, che hanno nel luogo del processo una sede secondaria o una rappresentanza. Così il tribunale di Boulogne-sur-Mer in una sentenza 4 agosto 1896, ricor-

[1] *Giur. it.* 1897, I, 1, 366 e *Foro it.* 1897, I, 645.

[2] Cfr. Mamelok op. cit. pag. 275-6; Diena op. cit. vol. I, pag. 314 e le citazioni ivi fatte nella nota 2.

dando che secondo la legge inglese sulle società *limited* i diritti a questa conferiti sono esercitati da amministratori o da un comitato composto di uno o più tra essi, a cui gli altri hanno delegato i loro poteri, dichiarò irricevibile l'azione intentata da una società *limited* per mezzo del suo direttore di Boulogne, che non giustificava una delegazione regolare. Con sentenza 28 aprile 1897 la Corte di Douai confermò tale decisione adottandone i motivi [1]. La nostra giurisprudenza ha giustamente deciso che una società estera, la quale abbia ottemperato alle disposizioni del nostro Cod. di com. pel suo regolare funzionamento nel regno e per la sua rappresentanza, può adire i nostri tribunali senza bisogno di giustificare la qualità e i poteri dei suoi rappresentanti [2].

Potrebbe soltanto discutersi se la rappresentanza, posta da una società straniera in un dato Stato dove essa abbia una sede secondaria, valga agli effetti processuali per tutte le controversie relative alla società, che devono decidersi dai tribunali di quello Stato o soltanto per gli affari conclusi nel territorio dello Stato stesso. Quest'ultima soluzione esplicitamente adotta l'art. 4 dell'ordinanza austriaca 29 novembre 1865 [3]; ma se la

[1] *Dalloz*, 1899, II, 195.

[2] Cass. Torino 1° sett. 1897, in *Procedura* 1897 pag. 688.

[3] v. CANSTEIN in LESKE u. LOEWENFELD III, parte 1ª pag. 74.

lex fori non contiene una tale esplicita norma e se lo statuto sociale o la legge straniera non dispongono diversamente, io credo che la rappresentanza posta a capo di uno stabilimento o sede secondaria debba valere per tutti gli affari giudiziari.

La limitazione della rappresentanza processuale agli affari compiuti nel territorio appare invece giustificata, quando la società straniera ha nel luogo del processo soltanto un agente, mandatario o procuratore, i cui poteri, naturalmente entro i limiti statutari, si devono ritenere estesi a tutti gli affari che può trattare. Si può ricordare in proposito la Cassazione di Firenze, la quale nella sentenza 12 novembre 1903 disse che una società commerciale estera senza residenza, domicilio o dimora nel regno, ma avente nel regno un mandatario o procuratore generale può essere citata nella persona di quest' ultimo, secondo la facoltà concessa dalla seconda parte dell' art. 142 Cod. proc. civ. E la Cassazione di Torino con sentenza 19 febbraio 1904 dichiarò ammissibile il ricorso fatto dal rappresentante di una società anonima estera, il quale giustificava di essere stato nominato procuratore in Italia dal Consiglio di amministrazione con tutti i più ampi poteri al Consiglio medesimo competenti, tra cui quello di produrre ricorso a qualsiasi giudizio (art. 528 Cod. proc. civ.). Si può ricordare infine la sentenza

13 gennaio 1902 della Suprema Corte inglese, la quale disse che una società straniera residente in Inghilterra è validamente citata nella persona di un agente da essa inviato per esporre i suoi prodotti e provocarne la vendita [1].

Anche trattandosi di società civili o di semplici associazioni straniere, alle quali venga riconosciuta la capacità di parte formale in base alle norme precedentemente stabilite, la legittimità della rappresentanza in giudizio dev' esser giudicata secondo la legge nazionale [2].

20. Diversa affatto dalla capacità processuale è quella che nel linguaggio tecnico tedesco si chiama *Postulationsfähigkeit*, ossia la capacità di presentarsi personalmente davanti ai tribunali [3]. Quest' ultima rappresenta un' idea puramente processuale, che nulla ha che fare colla capacità di diritto o colla capacità civilistica di agire [4], ed è quindi retta senza contestazione dalla *lex fori*. In base dunque alla sua legge il giudice deciderà se la parte straniera può fare validamente nella forma orale o per iscritto domande giudiziali o se per certi atti processuali deve farsi rappresentare o assistere da un

(1) *Journal* 1903 pag. 400-1.
(2) Cfr. De Paepe op. cit vol. II pag. 383.
(3) Wach op. cit. pag. 606-7.
(4) Wach op. cit. pag. 122.

difensore [1]. Non è inutile aggiungere che gli stranieri si trovano al riguardo nella stessa condizione dei cittadini; quindi uno straniero potrà trattare da sè la sua causa sempre quando ciò sia consentito al cittadino. Il diritto della parte di condurre da sè il suo processo presuppone che essa sia effettivamente in condizione di farlo; a ciò può essere di ostacolo la mancanza di conoscenza della lingua locale e allora si supplisce mediante un interprete [2].

La rappresentanza in giudizio degli stranieri ha importanza grandissima a causa della frequente o possibile loro ignoranza delle leggi, dei costumi e della lingua del paese dove il giudizio è istituito. Ciò fu avvertito fin dalla remota antichità, donde ci giunge il ricordo di speciali istituti aventi per missione principale la rappresentanza degli stranieri in giudizio, per quanto, come già avvertimmo, di rappresentanza nel senso tecnico della parola non possa parlarsi riferendosi ad un' epoca in cui lo straniero, mancando di una propria subbiettività giuridica, non aveva

[1] Jettel op. cit. pag. 121; Wharton op cit. § 751; von Bar op. cit. vol. II pag. 387; Walker op. cit. pag. 88; Meili op. cit. vol. I pag. 128.

[2] Ciò dispone esplicitamente il § 187 della Gerichtsverfassungsgesetz dell'impero germanico del 27 gennaio 1877 (Leske u. Loewenfeld I, 859). In Italia nel caso riferito sarebbe applicabile l' art. 212 Cod. proc. civ.

la capacità di parte in giudizio. Agli stessi concetti e agli stessi bisogni gli Stati moderni s'ispirano nell' aggiungere alla clausola convenzionale del libero accesso ai tribunali l'altra per cui « gli stranieri possono in tutte le circostanze, per far valere i loro diritti e per difendersi, servirsi di avvocati, procuratori, notai ed agenti scelti fra le persone ammesse all'esercizio di queste professioni secondo le leggi del paese; e godono sotto questo rapporto di tutti i diritti e privilegi accordati ai nazionali » [1].

La difesa processuale degli stranieri deve poi essere integrata dall'assistenza giudiziaria gratuita, di cui si fa sempre più larga e diffusa la estensione agli stranieri. Ed è facile dimostrare come ciò corrisponda all'ideale di giustizia. È noto che l'istituto del gratuito patrocinio è subordi-

[1] Questa clausola è contenuta nelle convenzioni consolari colla Spagna 21 luglio 1867 art. 1° e colla Svizzera 22 luglio 1868 art. 6; e nei trattati di commercio e navigazione col Salvador 27 ott. 1860 art. 4, col regno delle Isole Hawaiane 22 luglio 1863 art. 4, col Chilì 28 giugno 1865 art. 4, col Nicaragua 6 marzo 1868 art. 18, coll'Honduras 31 dic. 1868 art. 19, cogli Stati Uniti 26 febbr. 1871 art. 23, col Perù 23 dic. 1874 art. 17, colla Rumania 23 marzo 1878 art. 2, coll'Inghilterra 15 giugno 1883 art. 16, coll'Uruguay 19 sett. 1885 art. 20, colla Grecia 1° aprile - 20 marzo 1889 art. 2, con S. Domingo 18 ott. 1886 e 14 giugno 1889 art. 20, col Messico 16 aprile 1890 art. 6, coll'Austria-Ungheria 6 dic. 1891 art. 5, colla Colombia 27 ott. 1892 art. 4, col Paraguay 22 ag. 1893 art. 16, col Giappone 1° dic. 1894 art. 1°.

nato al fine di ristabilire l'eguaglianza giuridica. rotta dalla diseguaglianza economica. Perchè la tutela del diritto sia reale ed effettiva ed eguale per tutti i cittadini, lo Stato deve rimuovere ogni ostacolo derivante da inferiorità economica; si tratta di un dovere statuale conseguente alla funzione stessa della tutela giuridica e validamente poggiato su un elementare sentimento di umanità e su un beninteso interesse sociale [1]. Il fondamento di giustizia, che è proprio dell' istituto, ne palesa la ragione della sua estensibilità agli stranieri; dopo avere offerta ai diritti individuali di questi ultimi la propria tutela giurisdizionale, lo Stato sarebbe del tutto inconseguente se non provvedesse a che la tutela stessa non sia resa in alcun caso illusoria. Fu bene osservato che, non ammettendo gli stranieri al gratuito patrocinio, si disconoscerebbe ad un tempo un principio di tendenza del diritto internazionale e un principio di diritto giudiziario civile, il primo che vuole parificati gli stranieri ai cittadini, il secondo che non vuole diseguaglianze fra litiganti determinate da condizioni finanziarie; verrebbe infatti a porsi una differenza non soltanto fra cittadino e straniero, ma anche

[1] Vedi un largo svolgimento di questi concetti in Franceschini, Il patrocinio gratuito nel diritto giudiziario civile, Torino 1903 pag. 8 e segg.

fra gli stessi stranieri a seconda del loro stato economico [1]. Giova infine ricordare sul terreno della pura logica, che se attualmente gli stranieri vengono in larga misura ammessi a godere dei vantaggi della pubblica beneficenza, a maggior ragione devono venire ammessi ad un beneficio, che è ispirato non dalla carità ma dalla giustizia.

Le nostre deduzioni non hanno un fedele riscontro nella pratica. Nella maggior parte degli Stati noi troviamo infatti che l'ammissione degli stranieri all'assistenza giudiziaria gratuita non ha luogo se non quando convenzionalmente è garantita la reciprocità. A questa maggioranza, nonostante qualche incertezza e qualche varietà nei dettagli, appartengono la Francia [2], il Bel-

[1] FRANCESCHINI, op. cit. pag. 163-4.

[2] Non mancano scrittori, i quali ritengono che la legge francese sull'assistenza giudiziaria gratuita del 22 gennaio 1851, fondata com'è sull'equità e sul bisogno di giustizia, debba applicarsi a tutti senza distinzione di nazionalità (DESPAGNET, op. cit. n.° 56ter e WEISS, Traité élémentaire de droit intern. privé pag. 761); tuttavia l'opinione contraria è non soltanto più diffusa nella dottrina, ma costantemente applicata nella pratica giudiziaria e amministrativa. Tale opinione restrittiva si basa sul ragionamento seguente: l'assistenza giudiziaria non è un'istituzione di diritto delle genti e non può essere assimilata all'assistenza pubblica, che deve soccorso ai disgraziati di ogni nazionalità, essa è una istituzione di diritto civile, che ha per effetto di mettere in moto tutto un insieme di ruote fiscali, giudiziarie e ammi-

gio [1], l'Olanda [2], il Lussemburgo [3], la Germania [4], l'Austria [5], l'Ungheria [6], la Svizzera [7],

strative, le cui spese sono infine pagate dai contribuenti (vedi GARSONNET op. cit. vol. II pag. 253 e LACHAU op. cit. pag. 22). Poichè i diritti civili sono goduti dagli stranieri ammessi a domicilio, così questi hanno diritto all'assistenza giudiziaria. Gli altri ne sono esclusi, tranne il caso di speciali disposizioni convenzionali (vedine la nota in LESKE u. LOEWENFELD I, 557-9), come quella contenuta nella convenzione coll'Italia del 19 febbraio 1870, che servì di modello a molte altre successive. Nonostante qualche divergenza (LACHAU op. cit. pag. 325) si ritiene, che per l'ammissione degli stranieri al beneficio siano sufficienti le clausole di *libre accès* davanti ai tribunali e della nazione più favorita (BEAUCHET, in LESKE u. LOEWENFELD I, 579-560).

(1) LESKE u. LOEWENFELD I, 563.

(2) LESKE u. LOEWENFELD I, 507-8 e III parte I^a^, 371. — Si noti che in Olanda l'ammissione degli stranieri all'assistenza giudiziaria gratuita, regolata sulla base della reciprocità diplomatica dall'art. 855 del Cod. proc. civ. del 7 luglio 1896, comprende anche le persone giuridiche di certe date categorie.

(3) LESKE u. LOEWENFELD I, 520-1.

(4) LESKE u. LOEWENFELD I, 775-780 e II, 1006-7 e 1049-1050.

(5) VESQUE VON PÜTTLINGEN pag. 405 e segg.; JETTEL op. cit. pag. 122-3; LESKE u. LOEWENFELD I, 423-6 e III parte I^a^, 101-3.

(6) LESKE u. LOEWENFELD I, 457.

(7) LESKE u. LOEWENFELD I, 476-480 e II, 1054. — Stando a una sentenza del Tribunale federale del 6 giugno 1880 (*Revue pratique de droit intern. privé* vol. I, 1889-90, pag. 354), in Svizzera è dubbio se in mancanza di espresse disposizioni convenzionali gli stranieri possano essere ammessi al beneficio dell'assistenza giudiziaria. Pare da un lato che il dovere dello Stato di prestare il beneficio anche agli stra-

la Serbia [1], la Rumania [2], la Bulgaria [3], la Grecia [4].

nieri possa considerarsi come una conseguenza dell' obbligo di provvedere all' amministrazione della giustizia, obbligo che secondo il diritto internazionale esiste sì riguardo agli stranieri che ai cittadini; si obbietta dall' altro che l' assistenza giudiziaria costituisce un atto di sollecitudine particolare, di cui o Stato può senza dubbio accordare il beneficio agli stranieri al di fuori delle speciali obbligazioni convenzionali, ma che esso non è tenuto di accordare loro, perchè è piuttosto allo Stato straniero che appartiene la cura di fornire ai suoi nazionali le risorse pecuniarie necessarie per la difesa dei loro diritti. Delle leggi cantonali alcune ammettono gli stranieri soltanto quando sono domiciliati nel cantone, altre quando è garantita la reciprocità, altre infine li ammettono senza più alla pari dei cittadini (LESKE u. LOEWENFELD I, 479-480). Nei cantoni dove l' ammissione degli stranieri non risulta da esplicita norma legislativa, occorrono a ciò, secondo l' opinione più accreditata (LESKE u. LOEWENFELD I, 478 e ROGUIN op. cit. pag. 857-8), degli speciali accordi internazionali, come quello concluso coll' Italia l' 8 novembre 1882. Per i rapporti intercantonali vale il principio derivante dall' art. 60 della costituzione federale, per cui il cittadino svizzero può godere del gratuito patrocinio in ogni cantone: cfr. MEILI op. cit. vol. I pag. 113.

(1) LESKE u. LOEWENFELD II, 206-7. Si ricordi la convenzione consolare coll' Italia 9 nov.-28 ott. 1879 art. 14.

(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 137. — Gli stranieri godono del beneficio dei poveri soltanto quando sono domiciliati in Rumania; mancando tale condizione occorrono speciali disposizioni convenzionali, come quella contenuta nell' art. 6 convenzione consolare coll' Italia del 5-17 ag. 1880.

(3) LESKE u. LOEWENFELD II, 251 n. 2.

(4) LESKE u. LOEWENFELD II, 24. L' ammissione degli

Gli Stati, nei quali o per esplicita disposizione legislativa o per pratica giudiziaria gli stranieri vengono ammessi al beneficio dei poveri alle stesse condizioni dei cittadini senza riguardo a reciprocità sono, oltre l'Italia, la Danimarca e la Norvegia [1], la Svezia [2], l'Inghilterra [3], la Russia [4], la Spagna [5], il Portogallo [6], la Turchia [7].

In Italia concessione esplicita è fatta dal R. D. 21 novembre 1865 all'art. 8, completato dall'art 1° della legge 19 luglio 1880 [8].

Nonostante qualunque dubbio dovesse sembrare per noi eliminato dal chiaro disposto del citato art. 8, si sono trovati in Italia dei magistrati, che hanno rifiutato il beneficio agli stranieri. La Commissione d'appello presso la Corte

stranieri al gratuito patrocinio si fa risultare anche semplicemente dalla clausola convenzionale di libero accesso ai tribunali greci.

(1) LESKE u. LOEWENFELD II, 820.

(2) LESKE u. LOEWENFELD II, 467.

(3) LESKE u. LOEWENFELD I, 680-1.

(4) LESKE u. LOEWENFELD II, 609.

(5) LESKE u. LOEWENFELD I, 643.

(6) Legge 21 luglio 1899 (*Ann. de lég. étr.* 1899 pag. 410).

(7) LESKE u. LOEWENFELD II, 368. — Ai paesi citati si potrebbe aggiungere il Montenegro, dove tuttavia beneficio speciale dei poveri non esiste in quanto l'amministrazione della giustizia vi è per tutti essenzialmente gratuita (LESKE u. LOEWENFELD II, 332).

(8) Sui precedenti legislativi di questa disposizione si veda FRANCESCHINI op. cit. pag. 161.

di Venezia fece questo rifiuto appoggiandolo ai motivi seguenti:

1° L'art. 10 della legge esige che la povertà risulti da un certificato del sindaco del luogo dove il ricorrente ha il suo domicilio ed anche di quello della residenza, quando l'uno sia disgiunto dall'altra; donde la conseguenza che non possono ammettersi gli stranieri, i quali non abbiano domicilio nè residenza nel regno. 2° Altrimenti si verrebbe all'assurdo che tutti gli abitanti dell'universo sarebbero ammissibili al gratuito patrocinio contro i cittadini italiani, senza indagare se esista reciprocanza. 3° L'art. 3 Cod. civ. allontana l'idea che si abbia inteso concedere gl'importanti ed eccezionali vantaggi ivi indicati a favore di persone, che non hanno con lo Stato nemmeno un rapporto precario o di fatto. 4° Si renderebbe assai difficile l'eventuale rimborso delle anticipazioni previste dall'art. 28.

Ma questo decreto venne cassato dalla Suprema Corte di Firenze il 19 febbraio 1878 (1) e da allora nessun dubbio più si manifestò nella giurisprudenza, così come nessun dubbio si era mai manifestato nella dottrina. Il Franceschini, che recentemente si è preso la cura di combattere gli argomenti addotti dal decreto citato, osserva che se non si vuol cadere nell'afferma-

(1) *Foro it.* 1878, 303.

zione contradittoria di un beneficio, che in fatto non si può ottenere per la impossibilità della prova, bisogna riconoscere la sufficenza di equipollenti ai certificati di povertà richiesti dall'art. 10 del decreto 1865, per esempio di attestati ed informazioni provenienti dalla patria dello straniero; e in secondo luogo che la semplice difficoltà amministrativa relativa alla riscossione delle spese annotate a debito non può ostacolare l'esercizio dei diritti da parte dei poveri, mentre essa è così inerente alla cosa stessa da presumere necessariamente che il legislatore non abbia voluto tenerne conto, quando senz' altro riconobbe il diritto dello straniero [1].

Il vantaggio concesso liberalmente agli stranieri l'Italia ha cercato di conseguirlo all'estero per i suoi cittadini stipulando a tal uopo numerose convenzioni [2]. Ma anche in tale speciale argomento fu sentito nel nostro paese il desiderio di tentare un accordo internazionale. Durante le discussioni, che condussero all'adozione della legge 19 luglio 1880, nella tornata del 13 dicembre 1879 la Camera approvò il seguente or-

[1] Franceschini op. cit. pag. 163.

[2] Vedi Gianzana, Cod. di proc. civ. vol. III pag. 85-132; *Revue de droit intern.* 1883 pag. 517-524; Leske u. Loewenfeld I, 608-610. — Anche qui è da ricordare l'inutile disposizione dell'art. 3 della convenzione italo-danese del 25 marzo 1883, che ammette reciprocamente i cittadini delle

dine del giorno, che era stato accettato dal Ministro di Grazia e Giustizia: « La Camera invita il governo del Re a richiamare gli Stati esteri sulla necessità di una disposizione comune intorno all' ammissione di tutti gli stranieri al beneficio del patrocinio gratuito » (1). Senonchè in tale iniziativa fu più dell' Italia felice l' Olanda, che dalla Conferenza convocata all' Aja nel 1894 vide dare un ordinato assetto alla posizione dello straniero nel giudizio civile. Così nella cerchia degli Stati aderenti, all' abolizione di una misura restrittiva quale la *cautio judicatum solvi* tenne dietro l' illimitata concessione del beneficio dell' assistenza giudiziaria, che si trova disciplinata negli art. 14, 15 e 16 della citata convenzione del 1896 (2). Pure in quest' argomento la Con-

due Parti contraenti ad un beneficio, di cui essi nei due paesi già godono *ope legis*.

(1) FRANCESCHINI op. cit. pag. 161.

(2) Eccone il testo preciso:

Art. 14. — Les ressortissants de chacun des Etats contractants seront admis dans tous les autres États contractants au bénéfice de l' assistance judiciaire gratuite, comme les nationaux eux-mêmes, en se conformant à la législation de l' État où l' assistance judiciaire gratuite est réclamée.

Art. 15. — Dans tous les cas, le certificat ou la déclaration d' indigence doit être délivré ou reçu par les autorités de la résidence habituelle de l' étranger, ou, à défaut de celle-ci, par les autorités de sa résidence actuelle.

Si le requérant ne réside pas dans le pays où la de-

ferenza prese per base dei suoi lavori gli studî e i progetti dell'Asser [1]; e la brevissima discussione fatta sul testo che divenne poi definitivo [2] mostra come spontaneo fosse il consenso nell'adozione di norme già mature nella coscienza internazionale.

Le regole poste dalla convenzione del 1896 sono così chiare che non hanno bisogno di illustrazione. È da ricordare soltanto che sotto la generica dizione di *ressortissants* usata nell'art. 14 sono comprese anche le persone morali; il che corrisponde allo stato legislativo dei diversi paesi e dell'Italia in particolare [3]. Si può notare infine che i mezzi di prova della povertà sono dagli art. 15 e 16 regolati in modo

mande est formée, le certificat ou la déclaration d'indigence sera légalisé gratuitement par un agent diplomatique ou consulaire du pays où le document doit être produit.

Art. 16. — L'autorité compétente pour délivrer le certificat ou recevoir la déclaration d'indigence pourra prendre des renseignements sur la situation de fortune du requérant auprès des autorités des autres États contractants.

L'autorité chargée de statuer sur la demande d'assistance judiciaire gratuite conserve, dans les limites de ses attributions, le droit de contrôler les certificats, déclarations et renseignements qui lui sont fournis.

(1) Actes de la deux. Conf. pag. 24-25, 27 e 31.

(2) Actes de la deux. Conf. pag. 108 e 91-2.

(3) Vedi Franceschini op. cit. pag. 144-156. Fa eccezione la Germania: vedi Schmidt op. cit. pag. 908 nota 1 e Bunsen op. cit. pag. 188.

non disforme, tranne certi dettagli motivati dalla estraneità degli interessati, da quello praticato nei diversi Stati contraenti in virtù del diritto interno (¹).

(¹) Vedi FRANCESCHINI op. cit. pag. 329-342. — Nel progetto di nuova convenzione elaborato dalla quarta Conferenza dell' Aja l' assistenza giudiziaria gratuita è regolata dagli art. 20, 21, 22 e 23, che son destinati a sostituire gli art. 14, 15 e 16 della convenzione del 1896 (Actes de la quatrième Conférence de la Haye pag. 76-7, 88-100, 209-210).

L' art. 20 riproduce esattamente l' art. 14.

L' art. 21 alla prima parte dell' art. 15 aggiunge la disposizione seguente: « Dans le cas où ces dernières autorités n' appartiendraient pas à un État contractant et ne recevraient pas ou ne délivreraient pas des certificats ou de déclarations de cette nature, il suffira d' un certificat ou d' une déclaration délivré ou reçu par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel l' étranger appartient ».

L' art. 22 riproduce esattamente l' art. 16.

L' art. 23 contiene una disposizione del tutto nuova circa gli effetti internazionali dell' assistenza giudiziaria, ordinando che l' ammissione in uno Stato fa sì che all' assistenza partecipino anche gli altri Stati, dove per lo stesso processo sia necessario notificare atti o compiere rogatorie (Actes cit. pag. 99). Esso è del seguente tenore:

« Si le bénéfice de l' assistance judiciaire gratuite a été accordé au ressortissant d' un des États contractants, les significations relatives au même procès qui seraient à faire dans un autre de ces États ne pourront donner lieu qu' au remboursement par l' État requérant à l' État requis des frais occasionnés par l' emploi d' une forme spéciale en vertu de l' art. 3.

Dans le même cas, l' exécution de commissions rogatoires ne donnera lieu qu' au remboursement par l' État re-

quérant à l'État requis des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais nécessités par l'application de l'art. 14 alinéa 2 ».

L'art. 14 al 2° del progetto di nuova convenzione si riferisce alle commissioni rogatorie, che su domanda dell'autorità requirente sono eseguite dall'autorità giudiziaria non secondo le forme del proprio paese, ma secondo una forma speciale che non sia contraria alla legislazione dello Stato richiesto. In questo caso per l'art. 16 capov. del progetto si ha eccezionalmente rimborso di spese per l'esecuzione della rogatoria dallo Stato richiedente allo Stato richiesto.

CAPITOLO II.

Gli stranieri e l'organizzazione della giurisdizione civile.

1. — Cenni storici sulla costituzione di magistrature speciali per giudicare le controversie interessanti stranieri. — 2. Come presso i popoli moderni gli stranieri siano soggetti alle stesse giurisdizioni organizzate per i cittadini. — 3. Conseguenze derivanti dalla territorialità delle leggi sulla organizzazione della giurisdizione civile. — 4. Se e qual parte gli stranieri possano avere nell'organizzazione della giurisdizione civile.

1. — L'idea di magistrature speciali per giudicare le controversie interessanti stranieri è storicamente contemporanea alla concessione agli stranieri stessi della protezione giudiziaria; può dirsi anzi che in origine essa sia stata escogitata come un mezzo per concedere questa protezione, che altrimenti secondo un principio dominante in varie epoche storiche veniva concepita come un patrimonio esclusivo del cittadino. Questo fenomeno si riscontra in Grecia e in Roma. Così nei rapporti fra le città greche che in quelli fra Roma

e i popoli d'Italia indipendenti speciali trattati determinavano la reciproca protezione giudiziaria e la rendevano possibile mercè l'istituzione di magistrature miste. Anche indipendentemente dai trattati la giustizia veniva amministrata agli stranieri; ma questi non avevano più la particolare garanzia della composizione mista del tribunale e dovevano subire la giurisdizione di un magistrato a tal uopo ordinato.

Nei simboli greci era frequente la stipulazione, per cui le controversie sorte fra cittadini delle due Parti contraenti dovevano essere risolte da giudici scelti per metà presso i due popoli e, se essi non si fossero trovati d'accordo, da giudici scelti in una terza città. E la giurisdizione eccezionale, ma non convenzionale, era quella del polemarco, a cui erano soggetti i meteci ossia gli stranieri autorizzati a fissare il loro domicilio, e gli stranieri propriamente detti o di passaggio (1).

Il tribunale dei *recuperatores* rappresentava presso i romani una giurisdizione speciale per i

(1) BEAUCHET, Histoire du droit privé de la république Athénienne, Paris 1897, vol. I, pag. 442; vol. II, pag. 269, 306 n. 1, 487, 516, 518; vol. III, pag. 580, 601, 644. Nella giurisdizione del polemarco, che era anche il capo delle forze militari, si manifesta l'ultima traccia dell'influenza dell'antica assimilazione dello straniero al nemico: cfr. CATELLANI, op. cit., 2ª ediz. vol. I, pag. 93. Delle magistrature speciali senza carattere misto erano talora ordinate anche dai simboli, come ricorda lo stesso CATELLANI, pag. 97 n. 5.

peregrini avente origine convenzionale e composizione mista. Nonostante infatti la grande incertezza e scarsità delle fonti [1] sembra preferibile l'opinione di coloro i quali ritengono che i *recuperatores* fossero scelti fra i cittadini dei due Stati, fra cui eravi la convenzione di reciprocità, « sia perchè l'origine dell'istituzione gli è più consona, sia perchè troviamo cenno di giudici stranieri in Roma e nelle provincie (Gaio IV, 105), sia infine perchè in un passo di Livio (XXVI, 48) troviamo fatto cenno della scelta dei recuperatori in modo da favorire quest'avviso. D'altra parte non giova il dire che chi ottiene per favore la protezione da uno Stato deve contentarsi dei giudici di questo. L'argomento non regge nè logicamente nè storicamente. È più logico che in questioni relative a cittadini di due Stati, per garanzia di entrambi, sia fatta la scelta dei giudici tra individui dell'uno e dell'altro paese; è poi erroneo storicamente che qua si tratti di un favore fatto a popoli peregrini, chè era interesse massimo di Roma il garantire le relazioni dei suoi cittadini con questi, nè poteva ottenere ciò senza assicurare la protezione agli stranieri ». [2]

(1) Cfr. le lunghe e acute indagini del SELL, op. cit., pag. 168-185 e specialmente, per quanto riguarda la composizione mista del tribunale recuperatorio, pag. 169-171.

(2) FADDA, La condizione giuridica dello straniero presso i Romani, in GIANZANA, op. cit., vol. I, parte 1ª, pag. 76.

Diminuendo a mano a mano gli Stati indipendenti capaci di stipulare e di conservare rapporti convenzionali con Roma, l'istituto dei recuperatori perdette il suo originale carattere convenzionale, e la procedura ad esso relativa si estese anche alle azioni romane. Cessati i recuperatori come giudici internazionali sottentrò il *praetor peregrinus, qui inter peregrinos et inter cives et peregrinos jus dicit.* Senonchè allo stesso modo che lo *jus gentium* non può raffigurare quello che oggi si chiama diritto internazionale privato, il *praetor peregrinus* non può essere considerato come un magistrato speciale per gli stranieri. Infatti estesa progressivamente la dominazione

Vedi anche nello stesso senso Trochon, op. cit., pag. 19-20 e 22. — Conviene notare che nella classica procedura romana delle *legis actiones* e delle *formulae*, il giudice era sempre una persona privata, un arbitro dalle parti invocato e scelto, ben distinto dal magistrato, il cui intervento, nelle prime origini, si riduceva a vietare che si venisse alle mani, a forzare le parti all'arbitrato; sicchè al magistrato spettava quello che nella giurisdizione vi era di funzione sovrana. Da questo punto di vista (poichè con tale carattere generale della giurisdizione comune romana è fin dalle sue origini in armonia la giurisdizione speciale dei peregrini) devono considerarsi da un lato le attribuzioni del re, del console o del pretore, che dava i recuperatori, e dall'altro le attribuzioni dei recuperatori stessi. E da questo punto di vista non può far meraviglia la composizione mista del tribunale dei recuperatori, come non fa meraviglia a noi il vedere che alcune legislazioni moderne attribuiscono allo straniero la capacità di fungere da arbitro.

di Roma, il *peregrinus* non è più lo straniero nel senso che noi diamo alla parola; esso non è che un suddito, il quale tuttavia non gode della cittadinanza romana [1]. Ciò non toglie che il gran numero esistente in Roma di tali sudditi aventi una posizione politica speciale e la specialità del diritto obbiettivo applicabile alle loro controversie abbiano servito alla costituzione di una magistratura speciale in modo analogo a quello che potrebbe verificarsi nei nostri tempi rispetto ai veri e propri stranieri.

Nelle provincie non si aveva, nel proprio senso della parola, autonomia giurisdizionale in quanto era il magistrato romano che istituiva il giudizio e, come il pretore, rimetteva le parti davanti ai giudici; ma nella scelta di questi spiegava talora influenza la nazionalità delle parti. Così per esempio la legge Rupilia stabiliva che nei processi d' un siciliano contro altri siciliani il tribunale dovesse formarsi di concittadini delle parti e nei processi fra un romano e un siciliano il giudice dovesse scegliersi dalla nazione del convenuto [2].

[1] Quando il dualismo dello *jus gentium* e degli stranieri da un lato e dello *jus civile* e dei cittadini dall' altro perse ogni importanza pratica, il *praetor peregrinus* divenne una superfetazione; sembra infatti che esso non abbia sopravvissuto ai primi anni del III secolo dopo Cristo. Vedi MOMMSEN, Römisches Staatsrecht, II, 217.

[2] Cfr. CATELLANI op. e vol. cit. pag. 185-7.

L'ordinamento della giurisdizione sulla base della nazionalità delle parti contendenti è comune a tutto il medioevo ed ebbe massimo vigore nel periodo della personalità della legge, che in un certo senso potrebbe anche dirsi periodo della personalità della magistratura. Dalla impossibilità in cui i peregrini si trovavano di veder regolati i loro rapporti dallo *jus civile* e di esercitare le azioni relative derivò in Roma non soltanto l'applicazione di uno speciale diritto materiale (*jus gentium*), ma anche il sorgere di una speciale procedura, alla quale parve conseguente anche l'istituzione di giudici speciali. Nel nostro medio evo invece la corrispondenza fra la nazionalità delle parti e quella del giudice era determinata dalla impossibilità materiale, in cui il giudice della razza dominante nel territorio si trovava di conoscere ed applicare diritti di altre razze profondamente diversi dal suo. Così avveniva che quando le parti fossero di diversa nazionalità, per l'applicazione di due diversi diritti materiali, il giudizio dovesse essere misto.

È notissimo il passo della *Lex Wisigothorum* lib. XI tit. III cap. II: « Quum transmarini negotiatores inter se causam habent, nullus de sedibus nostris eos audire praesumat, nisi tantummodo suis legibus audiantur apud telonarios suos ». Sotto la dominazione dei Goti l'ordinamento della giurisdizione era in tutto personale: i giudici ro-

mani giudicavano le cause dei romani fra loro e il *comes Gothorum* quelle dei Goti, mentre nei processi misti mista era pure la magistratura [1].

Non molto diversa può ritenersi sia stata la condizione delle cose all'epoca longobarda, per quanto i documenti storici non consentano una conclusione decisiva. Certo è un fatto notevole il comparire di giudici romani pur nell'Italia longobarda lungo l'alto medioevo. Così in un placito torinese dell'879 troviamo in mezzo ad altri uno *scavinus romani* [2]. Il Tamassia ricorda che negli ultimi tempi della signoria longobarda in Salerno, quando agitavansi questioni fra gli amalfitani e i longobardi e l'oggetto della contestazione era costituito da immobili situati nel salernitano ai giudici longobardi se ne aggiungeva uno di Amalfi [3].

Un famoso processo intentato a Roma nel 998 contro il convento longobardo di Farfa sembra mostrare come in terra romana si usasse ai longobardi trattamento reciproco a quello fatto ai romani in terra longobarda. I dissensi intorno all'applicazione del diritto straniero furono in quel lunghissimo processo così grandi che l'imperatore Corrado « audita controversia quae hactenus

(1) Catellani, op. e vol. cit. pag. 203-4.
(2) MM. HH. PP. Chartae I, n. 37.
(3) Tamassia, op. cit., pag. 28.

inter vos (judices romanos) et longobardos judices versabatur nulloque termino quiescebat » vi pose fine nel 1038 per mezzo di una legge (¹).

La stessa causa — coesistenza in uno stesso territorio di due razze diverse con propri diversi diritti — dette origine allo stesso fenomeno di diverse magistrature corrispondenti alla nazionalità delle parti contendenti anche nell' Italia meridionale e in Sicilia sotto la dominazione normanna. Ricordo per esempio che la curia stratigoziale di Messina era composta di giudici latini e greci con varia proporzione a seconda delle epoche, finchè questa non venne fissata da due a uno con un privilegio di Enrico VI del 1194: « praeterea ponere debemus in eadem civitate Messanae baiulum et judices annuos tres, duos latinos et unum graecum de civibus Messanae » (²). Numerose poi sono le testimonianze, le quali attestano che dal 1075 al 1189, ossia durante tutto il periodo della signoria normanna, a Palermo il qâdî giudicava le liti fra i musulmani e un magistrato cristiano le liti fra cristiani (³). Questo

(¹) NEUMEYER op. cit., pag. 160.

(²) NEUMEYER op. cit., pag. 265 e 268. Il GARUFI (Su la curia stratigoziale di Messina nel tempo normanno-svevo, Messina 1894; estratto dall' *Archivio storico messinese* a. V fasc. 1-2) crede che il diploma del 1194 non sia genuino, ma dimostra ampiamente come, per la parte che ci riguarda, le notizie in esso contenute siano storicamente vere.

(³) AMARI, Storia dei musulmani in Sicilia vol. III, pag.

procedimento durò in Sicilia e nell'Italia meridionale anche sotto il dominio svevo; così un diploma di Federico II del 25 dicembre 1239 parla del qâdî addetto all'amministrazione della giustizia fra i musulmani di Lucera (1).

Molto probabilmente il sistema normanno-svevo non fu che una continuazione di quello che in Sicilia devono avere introdotto gli Arabi in conformità al principio fondamentale ispiratore del loro diritto (2).

317 e 535. Un'autorevole testimonianza ci è offerta in proposito da Ibn Giubayr, viaggiatore arabo che nel ritorno dal pellegrinaggio alla Mecca toccò la Sicilia e ne scrisse a lungo nella sua relazione di viaggio, che per questa parte fu tradotta dall'Amari nel 1° vol. della Biblioteca arabo-sicula, Torino 1880 (il punto per noi interessante è a pag. 161).

(1) Amari, Storia dei musulmani in Sicilia, vol. III pag. 318 n. 2.

(2) I documenti che possediamo (vedi Cusa, I diplomi greci ed arabi di Sicilia) non consentono un'affermazione recisa; ma le prove indirette, alle quali si può ricorrere, sono abbastanza convincenti. Infatti nei primi tempi della conquista normanna si trovano non soltanto, come già rilevammo, magistrati saraceni, ma anche magistrati che hanno la stessa denominazione e le stesse funzioni dei magistrati delle altre provincie bizantine dell'Italia meridionale. Ora siccome queste magistrature non poterono certo essere state istituite dai Normanni, i quali del resto lasciarono dapprima i magistrati che trovarono al momento della conquista, bisogna ammettere che sotto gli Arabi i romani conservarono le loro magistrature. Cfr. Ciccaglione, Il diritto romano in Sicilia durante il periodo musulmano, in *Riv. di storia e filosofia* vol. I, 1897, pag. 507.

La nazionalità della magistratura è infatti così logicamente e necessariamente connessa col sistema della personalità della legge, che essa ci si presenta nella storia anche quando quest' ultimo in diversi ambienti di civiltà non appare determinato in modo esclusivo dalla razza. Così presso i popoli musulmani, nella cui mente religione e nazione (*millet*) sono una sola e stessa cosa. Appunto in questo concetto fondamentale dell' Islam, che per i primi tempi appare avere solo un valore teorico, bisogna ricercare la spiegazione della forma nella quale gli Stati maomettani hanno regolata la posizione di diritto pubblico delle nazionalità di altre religioni e i rapporti con i sudditi turchi non maomettani e con gli stranieri [1]. Il fondamento essenzialmente religioso del diritto, che ne rendeva inconcepibile l' applicabilità agli infedeli, determinò il sistema costante fin dalle prime conquiste islamitiche di estendere le leggi e le giurisdizioni musulmane ai popoli conquistati e convertiti e di lasciare diritto e giurisdizioni nazionali ai popoli, che, appartenendo a quella che il Corano chiama *gente del Libro*, ossia seguendo una religione rivelata da Dio mediante un libro santo (e questi

[1] Cfr. von Krcsmárik, Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts mit Rücksicht auf Theorie und Praxis in der Türkei, in *Zeitschrift der deutschen Morgenländischen Gesellschaft,* 1894, pag. 81-2.

popoli sono nel concetto musulmano i cristiani, gli ebrei e gli zoroastiani) volessero mediante un tributo annuo riscattare la libertà del proprio culto, con che appunto si collegava il mantenimento del proprio statuto personale e di giudici propri.

L'influenza dell'idea religiosa connaturata al diritto sul mantenimento da parte delle popolazioni sottomesse delle proprie leggi e delle proprie magistrature si rende palese, quando la convivenza in uno stesso territorio di quelle popolazioni coi dominatori musulmani avrebbe per se stessa resa possibile in un periodo più o meno lungo la completa fusione dei vari elementi etnici. Ma appunto come si ebbe in Spagna sotto il dominio dei Mori, alla fusione degli abitanti e alla spontanea conseguente instaurazione della territorialità del diritto e delle giurisdizioni fu causa la mancata conversione all'islamismo [1].

Quando i musulmani concessero che le colonie di cristiani poste negli Scali del Levante facessero amministrare la giustizia da propri giudici, non fecero che una particolare applicazione di un principio fondamentale del loro ordine giuridico, che rendeva quella concessione necessaria e spontanea. In altri termini la giurisdizione consolare degli stranieri, non diversamente dei giu-

[1] CATELLANI, op. e vol. cit., pag. 231-2.

dici propri dei sudditi turchi non maomettani, deve la sua prima esistenza non tanto a trattati internazionali quanto piuttosto alla teoria, che ne facilitò la formazione. Se nei tempi moderni la Turchia ha fatto ripetuti tentativi per abolire la giurisdizione consolare, ciò è dovuto esclusivamente agli abusi, nei quali da parte degli europei degenerò la primitiva concessione e alla convinzione da questi ultimi altamente manifestata, che il regime delle capitolazioni rappresenta una diminuzione della sovranità ottomana e una superiorità in confronto ad essa degli Stati cristiani.

L'intima connessione fra elemento religioso ed elemento giuridico si verificò anche presso gli ebrei, la cui condizione, particolarmente nell'Europa medioevale, presenta pure un caso di personalità del diritto e di propria amministrazione della giustizia. Quella connessione appunto spiega come anche oggidì, in quei paesi in cui il regolamento di certi istituti giuridici ha base religiosa, sia rispetto ad essi in vigore il diritto ebraico applicato dall'autorità rabbinica. Così è per esempio in Russia rispetto al matrimonio.

Il carattere religioso del diritto, più e meglio che non la semplice diversità di razza, spiega il bisogno sentito dai moderni popoli colonizzatori, rispettosi se non altro per calcolo della religione e dei costumi delle popolazioni colonizzate, di

lasciare presso di queste in vigore particolarmente nei rapporti personali il loro diritto e le loro magistrature.

In Italia all'epoca comunale sono assai meno frequenti i casi di corrispondenza fra la nazionalità delle parti e quella del giudice. Ricordo per esempio che in una convenzione di data non bene precisata, ma certo della fine del sec. XII o dei primi anni del XIII, [1] fra il giudice Comita di Torres e il comune di Genova si stabiliva che la decisione delle cause fra genovesi e sardi dovesse essere affidata ad un tribunale misto, composto del giudice e di consoli genovesi [2].

[1] Il documento fu attribuito dal Tola al 1191 e questa data venne accolta anche da scrittori accreditati come lo SCHAUBE; ma il collega Besta mi avverte che essa è insostenibile, perchè il governo di Comita non cominciò prima del 1198.

[2] Cod. Dipl. Sard. (in MM. HH. PP.) I, 271. È notevole che nei molti trattati conclusi dal comune di Genova con Narbona nello stesso periodo di tempo e con clausole sostanzialmente identiche a quelle contenute nei trattati coi giudici turritani e arborensi di Sardegna, non si trova affatto traccia di magistrature speciali o di giudizi misti, mentre è in essi esplicitamente sancito il ricorso ai tribunali ordinari con questo solo di speciale, che il giudizio rispetto agli stranieri doveva espletarsi entro un breve termine (generalmente 20 giorni). Vedi KOHLER, Handelsverträge zwischen Genua und Narbonne im 12. und 13. Jahrhundert, Berlin 1904 (Berliner Juristische Beiträge zum Civilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Strafprocess und zur vergleichenden Rechtswissenschaft 3. Heft).

Col sorgere della territorialità del diritto cessa naturalmente la influenza della nazionalità delle parti sulla nazionalità del giudice, ma sorge e si generalizza quella che nel concetto dei tempi doveva considerarsi come un' importante garanzia degli stranieri nell' organizzazione della giurisdizione civile, ossia l' istituzione di giudici speciali per giudicare le controversie interessanti stranieri. Ciò ha luogo a cominciare dalla fine del secolo duodecimo e il Pertile ce ne riferisce esempi numerosi [1]. Così a Venezia durante il periodo delle crociate, quando assai numerosi erano gli stranieri di passaggio, diretti all' Oriente o ritornanti da esso, fu creata una magistratura speciale detta giudice *del forestier* [2]. E a Genova nel 1178 nella chiesa di S. Lorenzo si vedono giudicare in favore dell' arcivescovo contro alcuni stranieri « duo consules in causis et controversiis quae inter cives et extraneos vertuntur cognoscendis »; mentre dei due giudici, che conduceva seco a Genova il podestà nel 1226, uno doveva essere « pro causis maleficiorum et caeterorum quae pertinent ad commune definiendis, et alter ad officium consulatus civium et forètanorum ». Tanto di Venezia che di Genova si hanno poi patti con città vicine, coi quali le parti si obbli-

[1] PERTILE, op. cit., vol. VI, p. 1ª pag. 157-9.
[2] CATELLANI, op. e vol. cit., pag. 315-6.

gavano a tenere speciali giudici per decidere le controversie che sorgessero fra uomini delle rispettive terre. L'esempio di queste due città fu imitato da molte altre.

Quando l'istituzione di magistrature speciali derivava da obbligo convenzionale e riguardava quindi non tutti gli stranieri ma soltanto i cittadini dell'altra parte contraente, era l'autorità territoriale che generalmente designava le persone dei giudici; qualche volta però la scelta era rimessa al governo forestiero, nell'interesse dei cui cittadini il tribunale era costituito, il quale peraltro era obbligato a prendere i giudici fra i sudditi dello Stato in cui il tribunale doveva risiedere.

Nello stesso periodo in cui si hanno questi giudici speciali per gli stranieri, si afferma e si diffonde la magistratura consolare, che era sorta non soltanto per il bisogno generico delle parti contendenti di avere un giudice della stessa loro legge, ma anche e forse più per il desiderio dei commercianti di continuare fuori della patria la costumanza invalsa in patria di farsi giudicare da uomini della medesima professione o dai propri pari (1). Da prima i litiganti stessi di comune consenso sceglievano di volta in volta a giudici commercianti della propria nazione; successivamente

(1) PERTILE, op. cit., vol. IV, p. 1ª pag. 122-3.

venne loro imposto dalle patrie leggi e per i propri cittadini pattuito da ciascun governo con le nazioni straniere, dove quelli facevano scalo o avevano stabilimenti. Secondo afferma il Pertile con numerose prove, al principio del secolo decimo può riportarsi l'origine della giurisdizione consolare, che nei secoli decimosecondo e decimoterzo era diffusa dovunque in Levante e in Occidente presso i cristiani e presso gl'infedeli (1).

Contemporaneamente e con perfetta analogia a quella che ebbe vigore nei porti del Mediterraneo la giurisdizione consolare si affermava nel Nord entro le fattorie anseatiche (2).

Gli ultimi esempi di giudici connazionali delle parti contendenti sul tipo della giurisdizione consolare s'incontrano in Italia fin oltre la metà del secolo XVIII (3). Giudici speciali per gli stranieri possono invece trovarsi in altri paesi d'Europa in epoche assai più vicine alla nostra. Così in Inghilterra un vecchio uso, che rimonta al regno di Edoardo III, aveva accordato in ogni materia civile, commerciale o criminale un privilegio di giurisdizione ai liti-

(1) PERTILE op. e vol. cit., pag. 123-5 specialmente nelle note.

(2) CATELLANI, op. e vol. cit., pag. 243-4.

(3) VOLPICELLA, Del diritto d'albinaggio 3ª ediz. Napoli 1818, pag. 98-9; PERTILE, op. e vol. cit., pag. 128 nelle note e 159 n. 180; CATELLANI, op. e vol. cit., pag. 309 n. 1.

ganti stranieri, per cui il giurì incaricato di conoscere delle loro contestazioni doveva essere composto metà di compatrioti, metà di inglesi (*jury de medietate linguae*) (1). Quest'uso, limitato da uno statuto di Giorgio IV alle sole cause criminali, fu definitivamente soppresso dall'art. 5 della legge del 1870, in seguito alla quale lo straniero è giudicato nelle stesse forme che i cittadini inglesi (2).

Nel Canadà il *jiury de medietate linguae* fu tolto più tardi e cioè dalla legge sulla condizione degli stranieri del 1881 all'art. 8 (3).

Nel Portogallo l'istituzione dei *juges conservateurs des étrangers,* che competeva ai francesi ed agli inglesi, fu abolita per mezzo del trattato 3 luglio 1842 (4).

Un Tribunale speciale detto *Conservatore degli stranieri,* destinato unicamente a dirimere le controversie fra stranieri di passaggio, è ricordato come esistente in Spagna da Pisanelli, Scialoia e Mancini nel secondo volume del loro Commentario pubblicato nel 1875 (5).

(1) STEPHEN, Commentaires on the laws of England 4a ediz. 1858, vol. III, pag. 597 nota m. e vol. IV pag. 392 e 489.

(2) WEISS, Traité théorique et pratique vol. II, pag. 472.

(3) *Annuaire de lég. étrang.,* 1882, pag. 807-8.

(4) DE MARTENS, Nouv. Réc. III, 328.

(5) PISANELLI, SCIALOJA e MANCINI, op. cit., vol. II, pag. 374.

2. — In una ideale organizzazione giuridica della società degli Stati il diritto internazionale privato, nel suo più ampio significato, assumerebbe intera la veste, che è insita nella sua natura, di un diritto superiore ai singoli ordinamenti giuridici nazionali. Ora la. stessa volontà superiore alle individuali, da cui emanassero le norme giuridiche internazionali attinenti ai rapporti privati, avrebbe il potere e il dovere di ordinare una giurisdizione superiore a quelle nazionali per la tutela di quelle norme e il corrispondente riconoscimento pratico dei diritti subbiettivi ad esse conformi. Da un punto di vista teorico a un diritto obbiettivo formalmente internazionale deve tener dietro, agli effetti della tutela, una giurisdizione internazionale. Se oggi manca un potere legislativo superiore agli Stati colla facoltà di emanare norme positive materiali o di conflitto per tutti gli Stati obbligatorie, se oggi, pur restando internazionale quanto alla materia il diritto internazionale privato si presenta nella veste di diritto interno, non diversamente può avvenire quanto alla giurisdizione relativa. Come ciascun ordine giuridico interno in materia internazionale può considerarsi quale parziale ed imperfetta rappresentazione di un superiore ordine giuridico internazionale ancora mancante, così la giurisdizione intesa alla sua tutela può considerarsi quale parziale ed imperfetta rap-

presentazione nell' interno di ciascuno Stato di quella mancante giurisdizione superiore, che è idealmente concepibile come necessaria.

Le autorità giudiziarie dei singoli Stati, in quanto concorrono ad attuare l' ordine giuridico nel campo dei rapporti privati internazionali, possono considerarsi come particolari rappresentazioni dell' idea di giustizia, la cui attuazione scevra di affetti e di passioni ha un' unità che prescinde dai singoli territori. Sottratte agli ordini e alla volontà sovrana del capo dello Stato e subordinate soltanto alla legge nel senso più elevato della parola, esse costituiscono all' interno di ciascuno Stato un potere autonomo, che presenta dovunque gli stessi caratteri [1]. La volontà dello Stato diretta alla tutela dei diritti individuali assume organi distinti e si differenzia in tal modo dalla volontà, che forma il diritto obbiettivo e da quella che opera, da fare sparire la contraddizione che si avrebbe pensando lo Stato come un tutto inscindibile in organi e volontà diverse, contraddizione consistente nel fatto di un ente, che accorda diritti ad individui non direttamente soggetti alla sua autorità e poi si fa giudice delle controversie che sorgono quando i diritti concessi si vogliono attuare anche contro di lui.

[1] LABAND, op. e ed. cit., vol. II, pag. 507-8.

In conclusione il fatto della giurisdizione nazionale in materia internazionale può ravvisarsi come il portato di una imperfetta evoluzione dell'ordine giuridico internazionale e può dare origine nella pratica a notevoli conflitti e difficoltà (e ne vedremo nel corso di questo studio esempi ad ogni passo), ma nè è il caso di pensare per ora ad eliminarlo, nè — data la costituzione degli Stati liberi moderni — si presenta sprovvisto di garanzie e di ragioni giustificatrici [1].

[1] In fatto non vi è ancora esempio di una magistratura internazionale, alla quale possano rivolgersi i privati per la risoluzione delle loro controversie, in cui entri qualche elemento di internazionalità. I progetti, che da varie parti sono sorti, sopratutto là dove più acuti sono i conflitti fra le leggi e le giurisdizioni di Stati diversi, non hanno avuto sinora esito felice. Ne riferisco qui alcuni dei più notevoli.

Votate dall'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Zurigo del 1878 delle regole sulla esecuzione delle sentenze straniere, il Moynier propose di aggiungere il seguente articolo: « I conflitti, cui potrebbe dar luogo l'applicazione delle regole di procedura determinate dai trattati internazionali, devono essere sottomessi alla decisione senza appello di un tribunale arbitrale, del quale questi trattati devono indicare il modo di formazione e il funzionamento ». La proposta, rinviata alla commissione perchè presentasse il proprio rapporto nella seguente sessione di Bruxelles, fu vivamente combattuta dall'Asser, che la disse nè *indispensabile* nè *desiderabile*. I conflitti sorti eventualmente dall'applicazione delle norme proposte e accettate con trattati dagli Stati dovrebbero essere risolti dallo stesso giudice nazionale trattandosi di diritto privato; nè mai finora, meno

Considerata la tutela giuridica, che si esplica mercè la giurisdizione, come funzione essenziale

rare eccezioni, si pretese che i giudici nazionali non abbiano l'imparzialità necessaria a decidere litigi di questa specie, quando implicano questioni di diritto internazionale. Qualora fosse provata nei singoli casi la parzialità dei giudici, sarebbe duopo avere una giurisdizione internazionale non solo per tutelare le regole votate dall'Istituto, ma per tutti i litigi nei quali si tratti direttamente o indirettamente di decidere una questione di diritto internazionale privato. L'Asser riteneva le proposta neppure *desiderabile,* perchè non sapeva comprendere come fosse possibile far funzionare senza gravi inconvenienti un tribunale di quella specie per decidere litigi di diritto privato fra i sudditi di diversi Stati od anche fra quelli dello stesso Stato. Da chi saranno nominati gli arbitri? dai governi? Non si tratta dell'interesse dello Stato, ma di quello delle parti; e non bisogna dimenticare che sono in sostanza le sentenze delle Corti supreme, che si vogliono sottoporre al giudizio di quegli arbitri. E se si vuole un tribunale permanente, come sarà possibile dargli una solida base? (*Annuaire* III, 184-190). Durante le sedute dell'Istituto la proposta del Moynier fu difesa dal Clunet e in parte dal Brocher, il quale convinto che non fosse possibile un tribunale superiore e che convenisse lasciare sopratutto alle parti la cura di salvaguardare i propri interessi, proponeva l'articolo aggiuntivo seguente: « Gli arbitri sono, in quanto è possibile, nominati dalle parti per ciscun litigio. I governi non intervengono se non per facilitare tale nomina, quando le parti non possono mettersi d'accordo. Si potrebbe per esempio stipulare che ogni governo nominasse uno o due arbitri, che designerebbero al bisogno un terzo arbitro. Tale arbitrato dovrebbe considerarsi come forzato ». Lo Westlake ammise la possibilità di una decisione di tribunale arbitrale solo nel caso che i tribunali di due paesi, fra cui esiste un trattato sulla

della sovranità e tale da escludere la concorrenza nello stesso territorio della stessa funzione di altre

competenza, emanino relativamente allo stesso litigio decisioni inconciliabili. Una commissione nominata dall' Istituto propose il rigetto di tutte le proposte, perchè il tribunale internazionale sarebbe contrario al diritto costituzionale della maggior parte degli Stati, prescrivente in generale il ricorso ai tribunali interni ed ordinari del paese per le contestazioni di diritto civile, e perchè è ben difficile che gli Stati ammettano proposte tendenti a ledere l'autorità della cosa giudicata dai loro tribunali supremi. La proposta fu aggiornata colla riserva del diritto a ogni membro dell' Istituto di sostenerla in altro tempo e luogo (cfr. CATELLANI, op. cit., 1ª ediz. vol. II, pag. 85-90). In fatto tale diritto fu molti anni dopo esercitato dal de Seigneux con un elaborato progetto su l'istituzione di tribunali internazionali « en vue d'arriver à une application aussi uniforme que possible du texte, de l'esprit et de la portée des conventions internationales » (*Annuaire* XIX, 1902, pag. 312-3).

Per eliminare la grande incertezza e instabilità delle leggi sulla capacità matrimoniale il Garnier aveva proposto la creazione di un ufficio internazionale, che composto di giuristi appartenenti ai diversi Stati contraenti avesse la facoltà di emettere pareri obbligatori per risolvere i conflitti e le difficoltà d'interpretazione, che potesse sollevare il matrimonio progettato da due stranieri o da uno straniero e da una nazionale. Associandosi a tale proposta il LEHR (*Journal*, 1884, pag. 49-56) la completò, attribuendo all' Ufficio una vera e propria funzione giurisdizionale nel caso in cui l'ufficiale di stato civile rifiutasse di celebrare il matrimonio, nonostante la capacità degli sposi secondo la loro legge nazionale, in causa degli impedimenti contenuti nella *lex loci*. L' Ufficio, dice il Lehr, agirebbe in tal caso come tribunale internazionale e la sentenza da esso emanata, favorevole o contraria alla celebrazione del ma-

sovranità, è oggi inconcepibile presso popoli civili l'istituzione di magistrature straniere, che

trimonio, non comporterebbe ricorso davanti ad alcuna giurisdizione nazionale. Il VON BAR (op. cit., vol. I, pag. 502-3) dichiarò questo progetto una chimera e ne mostrò l'assurdo e gl'inconvenienti. Il CATELLANI invece ritiene (op. cit, 1ª ediz. vol. III, pag. 54-5 e 61) che il tribunale internazionale senza una modificazione nel fondo del diritto vigente in materia matrimoniale internazionale nei diversi Stati non potrebbe fare un gran bene e che a tale modificazione per mezzo di quel tribunale, sia considerato come legislatore che come Corte Suprema, si opporrebbe in tutti gli Stati una impossibilità costituzionale; ma che quando fosse livellato in certa misura lo stato del diritto internazionale circa il matrimonio, l'opera del tribunale internazionale diverrebbe più pratica e più utile, avendo per fine la risoluzione dei conflitti matrimoniali in base a una serie di norme prestabilite e consentite da tutti.

Il Congresso marittimo di Genova del 1889 proclamò la necessità di una giurisdizione internazionale per giudicare i conflitti in materia di collisione in mare fra navi di diversa nazionalità.

Il BRUNARD (*Revue de droit international* 1883, pag. 569-577) riprendendo l'idea del Lorimer circa l'istituzione di una corte di appello internazionale in materia civile e penale (*Rev. de droit intern.* 1877, pag. 200) propose l'istituzione di una corte di cassazione internazionale in materia di trasporti. Egli intendeva sviluppare nell'interesse anche dei privati l'embrione di giurisdizione internazionale contenuto nel trattato 14 ottobre 1890 sul trasporto delle merci per ferrovia, che all'art. 57 attribuisce all'Ufficio centrale (i cui membri del resto sono cittadini svizzeri) la facoltà di pronunciare dei giudizii arbitrali nelle controversie sorte fra compagnie o amministrazioni ferroviarie. Il Brunard vorrebbe che al disopra dei tribunali na-

dagli Stati stranieri ricevano l' investitura del loro potere. Per quanto l' esercizio della funzione giurisdizionale fosse la prima origine dei consoli, pure questi all' inizio della loro istituzione emanavano giudizi nelle contese fra i propri concittadini per delegazione della colonia e non dello Stato al quale appartenevano [1]. I concetti vigenti nel medio evo intorno alla natura giuridica della sovranità e della giurisdizione in particolare permettevano che quest' ultima si considerasse come un' appartenenza delle singole comunità. Ma quando quei concetti si trasformarono, insieme al decadere delle giurisdizioni patrimoniali e delle corporazioni venne a modificarsi radicalmente anche la giurisdizione consolare. Da emanazione diretta della colonia essa si mutò in emanazione della sovranità dello Stato e come tale non potè

zionali, competenti secondo le norme della convenzione di Berna, vi fosse una corte di cassazione internazionale, composta di delegati dei diversi Stati aderenti, la quale riducesse ad unità la varia giurisprudenza, conoscendo non solo delle violazioni e false applicazioni della convenzione, ma anche di quelle delle disposizioni legali in vigore nel paese dove fu reso il giudizio di merito. Il ricorso a questa corte di cassazione internazionale dovrebbe secondo il proponente escludere il ricorso ad una corte di cassazione nazionale; sicchè quella, in materia di trasporti internazionali, diventerebbe la sola corte di cassazione per tutti gli Stati contraenti.

[1] Cfr. Holtzendorff-Rivier, Introduction au droit des gens, pag. 314-7.

rimanere se non in quei territori, dove la mancata fiducia nella dottina e nell'imparzialità delle magistrature locali indussero gli Stati civili ad imporre l'esistenza di magistrature proprie con vera diminuzione della sovranità territoriale. Sicchè negli Stati, dove è in vigore il regime delle capitolazioni, vi sono per gli stranieri e per la maggior parte delle loro controversie tante giurisdizioni speciali quante sono le nazionalità alle quali essi appartengono. Mentre la giurisdizione consolare segue un movimento di riduzione progressiva determinato dall'estendersi della civiltà e della cultura, anche presso i popoli civili i consoli hanno delle attribuzioni attinenti all'amministrazione della giustizia. Così in virtù della nostra legge consolare 28 gennaio 1866 i consoli italiani, oltrechè rivestire rispetto ai nazionali la qualità di notai ed ufficiali dello stato civile, esercitano su richiesta degli stessi nazionali le funzioni di conciliatori e di arbitri. Ma non si tratta di vere e proprie funzioni giurisdizionali e in ogni modo non sempre possono essere esercitate di fronte all'opposizione da parte degli Stati stranieri.

Se all'abolizione delle giurisdizioni estraterritoriali ha imprescindibilmente condotto il rigoroso affermarsi della sovranità dello Stato, l'abolizione di speciali magistrature nazionali o miste per giudicare le controversie fra stranieri pare

sia stata soltanto determinata dal principio di eguaglianza, che fece abolire tutti i fòri speciali e privilegiati, di cui nei tempi andati godevano le varie classi sociali. Invero l'osservazione che gli stranieri non trovano sempre nel giudizio le stesse garanzie dei nazionali, il riflesso che una ben speciale educazione giuridica occorre al giudice chiamato a risolvere questioni di diritto internazionale, un più giusto apprezzamento infine della vera natura delle cose ben potrebbero anche oggi determinare la costituzione di magistrature speciali senza che la sovranità dello Stato o il teorico principio di eguaglianza venissero a soffrirne [1].

[1] Cfr. PILLET, op. cit., pag. 172 n. 2. — I tribunali misti di Egitto e i tribunali commerciali misti di Turchia (vedi la v. Console nell' *Enciclopedia giuridica* pag. 541-551) non sono esempi contrari a quanto abbiamo affermato nel testo verificandosi in paesi, i quali essendo soggetti al regime delle capitolazioni eccedono il campo normale delle nostre ricerche. Egualmente nessun argomento contrario può trarsi da quelli che vengono detti tribunali internazionali (cfr. VON LISTZ, Das Völkerrecht systematisch dargestellt 3ª ediz. Berlin 1904 pag. 151-7) ed hanno funzioni amministrative o arbitrali fra Stati. — Ai tribunali speciali non potrebbero ascriversi i consigli delle prede, i quali possono bensì esercitare la loro giurisdizione anche in rapporto ai diritti privati, ma soltanto come conseguenza del giudizio che è loro proprio circa la legittimità della cattura. — Non hanno funzioni giurisdizionali i consigli di contenzioso diplomatico, che sono istituiti presso alcuni ministeri degli affari esteri.

Fissato il principio che negli Stati moderni la giurisdizione in materia di diritto internazionale è affidata a quegli stessi organi, donde emana la tutela dei diritti subbiettivi dei cittadini nei limiti dell' ordine giuridico puramente interno, si può porre il problema teorico se in mancanza di specialità nel giudice vi siano altri elementi che servano a individuare quella giurisdizione. Certo a questo effetto non può servire la specialità delle parti, in quanto può dirsi normale, ma non costante, che siano stranieri gl' interessati in un rapporto giuridico privato d' indole internazionale. Neppure

Essi sono soltanto dei corpi consultivi, che a richiesta del ministro degli affari esteri emettono pareri su argomenti di qualsiasi natura attinenti ai rapporti esteriori; quindi i privati non hanno alcun mezzo per eccitare la loro funzione se non rivolgendosi direttamente al ministero. In Italia il Consiglio del Contenzioso diplomatico fu definitivamente ricostituito con R. D. 17 febbraio 1883 n. 1236. Esso emette per iscritto i suoi pareri motivati nella forma stabilita pel Consiglio di Stato (art. 11) sopra questioni di diritto internazionale, di nazionalità, di leva militare, sopra l' interpretazione dei trattati, sopra domande di indennità, sul commercio e sulla navigazione internazionale, sopra proposte di legge e generalmente sopra tutti gli argomenti attinenti alle relazioni estere dello Stato, sui quali venga consultato dal nostro ministro degli affari esteri (art. 10). — Quanto abbiamo detto per il Consiglio del Contenzioso diplomatico va ripetuto per il Consiglio di Stato nell' esercizio della sua funzione consultiva, in quanto per il regolamento 17 ottobre 1889 n. 6515 alla seconda sezione consultiva sono attribuiti gli affari esteri.

potrebbe a rigore sostenersi, che la natura speciale delle controversie e delle norme giuridiche che servono di stregua al giudizio direttamente si riflette sulla giurisdizione relativa. Data l'idea da noi accolta dell'autonomia dell'azione, questa risente per sè ben scarsa influenza dalla qualità del diritto materiale con cui si connette; sicchè le azioni fondate sul diritto interno in materia internazionale o sul diritto straniero, che questo stesso diritto rende applicabile, non si può dire che importino di necessità un diritto giudiziario speciale [1]. Gli è piuttosto che i rapporti giuridici, che hanno qualche elemento internazionale, possono per loro natura essere soggetti alla giurisdizione di vari Stati; donde il bisogno di assegnarli alla giurisdizione di questo o quello Stato mediante norme, che hanno tutta l'attitudine di assumere la veste di norme veramente internazionali e che anche quando sono emanate da un legislatore singolo appartengono per il loro oggetto ad un ordine giuridico internazionale. A costituire poi il carattere di internazionalità, che ha l'esercizio della giurisdizione nel nostro campo, oltre il carattere stesso proprio delle norme, che determinano i casi in cui la giurisdizione dello

[1] Cfr. le giuste osservazioni del ROMANO, Le giurisdizioni speciali amministrative, nel Trattato dell'ORLANDO, vol. III, pag. 521.

Stato può o deve esplicarsi, concorre anchè la specialità di molte norme, che determinano il modo ond' essa deve esplicarsi, specialità la quale sopratutto consiste nella attuazione pratica del principio della cooperazione internazionale nell' interesse dell' amministrazione della giustizia [1].

[1] Il criterio scientifico della possibilità di una giurisdizione speciale per la specialità di due elementi del giudizio — il diritto materiale applicabile ed il procedimento — serve presso di noi a risolvere l' ancor discussa questione della sussistenza di una giurisdizione commerciale dopo l' abolizione dei tribunali di commercio avvenuta con legge del 25 gennaio 1888. Bene in questo senso ha sostenuto il MATTIROLO, op. cit., 5ª ediz. vol. I, pag. 127 e 825, che l' abolizione degli organi speciali, per mezzo dei quali si esercitava prima la giurisdizione commerciale, non può avere avuto per effetto di sopprimere anche quest' ultima dal momento che a caratterizzarla ancora come giurisdizione commerciale rimangono la materia speciale e speciali norme processuali. La diversa opinione sostenuta dal MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 147-152, muove dal presupposto dogmaticamente affermato come un assioma, che la specialità della giurisdizione non possa derivare che dalla specialità dell' organo destinato ad esercitarla. Come invece oltre questo del giudice, che è il più appariscente e se si vuole anche il più importante, si debbano per caratterizzare la giurisdizione considerare anche gli altri elementi del giudizio, ha mostrato lucidamente il ROMANO, op. cit. pag. 507-630. Ripeto infine che la questione, prevalentemente teorica anche nel campo del diritto commerciale (cfr. ROLAFFIO, Il codice di comm. commentato 2ª ediz. vol. I, pag. 11-15), non ha per il diritto internazionale che il valore di un' elegante applicazione di principî.

3. — La costituzione degli organi giurisdizionali è un così diretto ed essenziale elemento della vita e del modo di essere proprio dello Stato, è in così chiaro e limpido rapporto colla conservazione e colle finalità dello Stato, che nessuno dubita di attribuire alle norme relative un valore assoluto ed un' applicazione esclusiva. Il criterio per tanti versi incerto ed oscillante dell' ordine pubblico in nessun caso forse come in questo esplica sicuramente la sua forza restringente. Ne deriva che gli stranieri dovranno assoggettarsi alla giurisdizione così come è organizzata nello Stato, dove s' hanno a giudicare le loro controversie, nè da una diversa organizzazione esistente nel proprio Stato potranno trarre legittima pretesa di sottrarsi alla giurisdizione territoriale, invocando la mancanza per una loro speciale controversia di un organo speciale analogo a quello esistente nel proprio Stato.

Di tale principio ebbe a fare applicazione il Tribunale di Roma in una dotta sentenza del 22 giugno 1898 pronunciata in una causa di separazione personale fra due coniugi spagnuoli [1]. Per ben comprendere la questione si ricordi anzitutto, che le leggi spagnuole ammettono due forme di matrimonio: matrimonio canonico e

[1] *Giur. it.* 1898, I, 2, 647; *Legge* 1898, II, 196; *Annali* 1899, III, 253.

matrimonio civile (base III della legge 11 maggio 1888 e articoli 75-76 Cod. civ. promulgato con legge 26 maggio 1889). Il matrimonio canonico (fra cattolici) produce tutti gli effetti civili per le persone e pei beni. I requisiti, la forma e le solennità per la celebrazione di tale matrimonio sono regolati dalle disposizioni della Chiesa cattolica e del Concilio di Trento ammesse come leggi nel Regno (art. 75 Cod. civ.); le cause di nullità e di separazione personale spettano ai tribunali ecclesiastici (art. 80 Cod. civ.), mentre spetta ai tribunali civili dettare ad istanza della parte interessata le norme per regolare le conseguenze civili nei rapporti dei coniugi e della prole (art. 81 Cod. civ.); la sentenza del tribunale ecclesiastico sarà iscritta nel registro civile o sarà presentata al tribunale ordinario per la sua esecuzione nella parte relativa agli effetti civili (art. 82 Cod. civ.). Ora il matrimonio in questione era appunto un matrimonio canonico, e quantunque avvenuto prima della pubblicazione del Codice civile, in virtù delle disposizioni transitorie doveva ritenersi soggetto a tutte le norme accennate relative ai matrimoni canonici. Appunto in base a queste ultime il coniuge convenuto eccepiva l'incompetenza dell'autorità giudiziaria italiana per essere questa un'autorità esclusivamente laica, sostenendo che per gli art. 1, 9, 10, 12, 17 della legge sulle guarentigie si po-

tesse riconoscere essere anche in Italia per i cittadini spagnuoli competente l'autorità ecclesiastica, che sarebbe stata propriamente il tribunale del vicariato di Roma, innanzi al quale già pendeva la causa di separazione dallo stesso coniuge convenuto intentata contro l'altro.

Il Tribunale osservò anzitutto che non si trattava di applicare una legge straniera contraria al diritto pubblico italiano, ma della inesistenza del giudice speciale, a cui la legge straniera devolve le questioni accennate, poichè nel diritto pubblico italiano non esistono tribunali ecclesiastici riconosciuti come potestà giusdicenti in materia di diritto civile. O il diritto alla giurisdizione ecclesiastica ammessa in Spagna e non riconosciuta in Italia è un diritto acquisito ai coniugi spagnuoli e fa parte della norma di diritto spagnuolo applicabile a tenore dell'art. 6 disp. prel. Cod. civ. it., e la istanza di separazione è improponibile per l'inesistenza del giudice ecclesiastico, che rende impossibile l'applicazione della legge straniera; o la designazione del giudice speciale straniero non entra nel concetto della norma obbiettiva applicabile in Italia, e il magistrato italiano può sempre decidere la controversia in base alla legge straniera. Il Tribunale si appigliò giustamente alla seconda parte del dilemma, così ragionando: l'art. 6 disp. prel. si riferisce alle norme obbiettive regolatrici dello

stato e della capacità e non alla potestà giusdicente, che era naturale prevedere sarebbe stata diversa nei diversi paesi; l'autorità giudiziaria italiana è sempre competente in tema di diritti civili, il cui godimento è concesso agli stranieri, senza preoccuparsi della qualità del giudice straniero, che avrebbe competenza nello Stato di cui le parti sono cittadini, sicchè quelle controversie che in Ispagna sono devolute al tribunale ecclesiastico, essendo controversie di diritto civile, non possono essere deferite in Italia che al tribunale civile ordinario.

Infine la sentenza affrontò l'obbiezione, che per i coniugi spagnuoli col rito canonico separazione e nullità di matrimonio sono questioni di coscienza e non possono quindi i giudici italiani mutarne la natura, essenzialmente religiosa e spirituale, col farne una controversia di diritto civile; e dimostrò come essa sia priva di qualsiasi fondamento. Invero l'autorità ecclesiastica spagnuola può bene ispirarsi a criteri d'ordine religioso e spirituale, ma ciò non altera punto l'essenza giuridica delle questioni da essa risolte, che sono per loro natura questioni di diritto civile, e non modifica in alcun modo i caratteri del suo potere, che è vero e proprio potere giurisdizionale; tanto è vero che le norme ecclesiastiche sono riconosciute come leggi dello Stato (art. 75 Cod. civ.), che la celebrazione del ma-

trimonio canonico è valida per tutti gli effetti civili ed è la forma ordinaria di matrimonio per la massima parte dei cittadini spagnuoli e che finalmente le decisioni del tribunale ecclesiastico per separazione e nullità hanno lo stesso valore di quelle della potestà laica e devono avere esecuzione per tutti gli effetti civili da parte del potere giudiziario civile (art. 80 e 81 Cod. civ.) (1).

(1) Alla stessa questione presentatasi davanti al Tribunale di Roma identica soluzione aveva data la Corte d'appello d'Algeri con sentenza del 7 marzo 1898 (*Journal* 1898 pag. 1102), dove è detto che gli stranieri in Francia devono portare la loro azione davanti al tribunale, che sarebbe competente per conoscere tra Francesi di un'azione simile, anche se questo tribunale francese non ha la stessa composizione, natura o carattere del tribunale che nel paese d'origine delle parti avrebbe deciso, e che quindi due coniugi spagnuoli, che in Ispagna dovrebbero portare le loro domande di separazione personale davanti ad una giurisdizione ecclesiastica, non possono sottomettere in Francia la loro questione che a dei giudici dell'ordine civile, i quali in mancanza di tribunali ecclesiastici possiedono la pienezza della giurisdizione. — In diverso avviso pare invece sia andato il Tribunale della Senna (sentenza 9 agosto 1897 in *Journal* 1898 pag. 114), il quale, dopo avere stabilito che secondo il diritto musulmano il matrimonio degli israeliti può essere sciolto da un ministro del loro culto, riconobbe la validità derivante dallo statuto personale di un divorzio pronunciato dal gran rabbino di Francia fra due sposi di nazionalità ottomana appartenenti alla religione israelitica e dichiarò quindi che non v'era più luogo a che il divorzio fra gli stessi coniugi fosse pronunciato dai tribunali francesi. Su questa via più decisamente si è messa la giuri-

Per motivi identici e fors' anche più forti di quelli ora accennati l' ordinamento della giurisdi-

sprudenza francese con le recenti sentenze 17 marzo 1902 dell' Appello di Parigi (*Journal* 1903 pag. 342-350 con nota di richiami) e 18 dicembre 1902 del Tribunale della Senna (*Journal* 1903, pag. 805-7), nelle quali è affermata l' incompetenza dei tribunali francesi a pronunciare il divorzio fra sposi russi israeliti, perchè secondo le leggi russe (Cod. civ. ediz. del 1896 tomo XI parte 1ª art. 1325 e 1328) la dissoluzione del matrimonio di nazionali israeliti è regolata dalla legge giudaica e deve essere decisa in forma rituale dall' autorità rabbinica. La ragione addotta nei due giudicati è sostanzialmente questa, che i tribunali francesi, sostituendosi ad un' autorità religiosa nello sciogliere un' unione, che pur sempre conserva il suo carattere religioso, quantunque la legge straniera ne derivi effetti civili, violerebbero la regola fondamentale del diritto pubblico francese della separazione delle materie civili da quelle religiose. L' errore a me sembra evidente. Se la Russia per il matrimonio e il divorzio dei suoi sudditi israeliti dà valore di diritto positivo alle norme ebraiche che si sono andate fissando per consuetudine in seno alle comunità israelitiche russe, gli è perchè tali norme nonostante il loro fondamento religioso hanno, per se stesse considerate, tutti i caratteri delle norme giuridiche. Così è che esse, per quanto vengano normalmente applicate da autorità religiosa, sono in tutto suscettibili di applicazione da parte di tribunali civili, i quali non sono per ciò chiamati ad eccedere il normale campo di ricerca giuridica e a dare un giudizio di pura morale religiosa, ma non devono fare altro che applicare norme giuridiche come quelle di qualsiasi altra legge straniera, prescindendo affatto dalla loro origine ideale. Sostituendosi dunque al rabbino russo, che non giudica già ad arbitrio di coscienza, ma in base a norme fisse, il magistrato francese non veniva affatto a compiere un atto d' invasione nella materia religiosa.

zione territoriale mantiene il suo valore imperativo anche di fronte a quegli stranieri, che per la speciale loro condizione personale sono soggetti nel loro paese ad una giurisdizione privilegiata ([1]). Così per esempio un Pari inglese non potrà all'estero invocare il privilegio di cui gode in patria di essere convenuto per certe questioni davanti la Camera dei Lords; così ancora i sovrani tedeschi e i membri delle loro famiglie non potranno sottrarsi ad una giurisdizione straniera unicamente perchè godono in Germania di una giurisdizione privilegiata ([2]); non diversamente infine coloro che in Austria sono soggetti alla giurisdizione speciale del Gran Maresciallato di Corte in Vienna non potranno per questo privilegio concesso loro in Austria eccepire l'incompetenza degli ordinari tribunali italiani, davanti ai quali siano convenuti in base alle disposizioni degli art. 105-107 del nostro Cod. di proc. civ. ([3]).

Altra conseguenza dello stesso principio è che, ordinate in uno Stato delle giurisdizioni spe-

([1]) ESPERSON, op. cit. vol. I, n.ⁱ 331 e 332; OLIVI, op. cit. pag. 893.

([2]) Vedi SCHMIDT, op. cit., pag. 195 e 245.

([3]) L'ipotesi si è presentata davanti al Tribunale di Lucca nella causa intentata nel 1899 dalla principessa Elisa di Borbone contro il padre ed altri parenti. Vedi il parere che nella causa stessa dettero i prof. Buzzati e Catellani (Milano, tip. del Commercio, 1899).

ciali, [1] ad esse dovranno essere soggetti anche gli stranieri in base agli stessi criteri subbiettivi od obbiettivi, che vengono adottati rispetto ai cittadini; il contrario non potrebbe risultare che da esplicite disposizioni legislative. La conclusione ha importanza sopra tutto nei riguardi della giurisdizione commerciale, che nella maggior parte degli Stati europei è ancora esercitata da giudici speciali. Così per esempio di fronte ai casi in cui si esercita la giurisdizione dei tribunali di commercio austriaci secondo il § 51 della norma di giurisdizione 1° agosto 1895 non è possibile distinguere fra cittadini e stranieri; distinzione non potrebbe farsi senza una chiara ed esplicita volontà del legislatore, che nel caso mi pare manchi assolutamente. Non mi sembra infatti che la distinzione, indubbiamente insussistente di fronte agli atti di cui i n. 2, 3, 4 e 5 del citato § 51, possa ammettersi ristretta nei limiti del n. 1, per cui sono di competenza dei tribunali commerciali indipendenti o dei tribunali commerciali e marittimi le controversie di valore eccedente i 500 fiorini e derivanti da atti di di commercio, se la domanda giudiziale sia di-

[1] Molte di queste giurisdizioni speciali esistono ancora in Germania (cfr. SCHMIDT, op. cit. pag. 184-8 e HELLWIG op. cit. vol. I, pag. 70-4), in Russia (LESKE u. LOEWENFELD, II, 579-581) e in Austria (LESKE u. LOEWENFELD, III, parte 1ª, 35-38).

retta contro una società commerciale o un negoziante la cui ditta apparisce nel registro di commercio. Fondandosi sulle parole della legge la Corte di appello di Venezia, in sede di delibazione di una sentenza 1° maggio 1899 del Tribunale provinciale di Vienna, ebbe a ritenere che il legislatore austriaco volle creare una giurisdizione speciale soltanto per i commercianti austriaci lasciando sottoposti gli stranieri alla normale giurisdizione civile, non potendo essi raccogliere la condizione di cui parla il n. 1 del § 51, non potendo cioè essere iscritti nel registro dei commercianti austriaci. E dello stesso parere fu la Cassazione di Firenze nella sentenza 11 aprile 1901, che confermava quella della Corte di Venezia [1]. Ora a me sembra che la mancanza della distinzione fra commercianti austriaci e commercianti stranieri di fronte alla condizione di trovarsi iscritti nei registri di commercio non possa implicare la volontà di sottrarre gli stranieri alla speciale giurisdizione per gli atti generali di commercio. Il silenzio tenuto in proposito dal legislatore può avere un significato del tutto differente e molto più consentaneo ai principî. Posto che gli stranieri per i n. 2-5 del citato § 51, pel disposto di leggi speciali e della

[1] *Temi Veneta* 1901, pag. 446; *Giur. it.* 1901, I, 1, con nota di ANZILOTTI.

legge d'introduzione al codice di commercio sono normalmente soggetti alla giurisdizione commerciale negli stessi casi e alla stessa stregua dei sudditi austriaci, l'eccezione alla regola avrebbe dovuto risultare *expressis verbis* dal n. 1 del § 51.

La soluzione contraria non potrebbe derivare che da un tal modo d'intendere il concetto animatore della disposizione controversa da far ritenere indubbiamente compresi anche gli stranieri nei suoi termini rigorosi. Ora questo appunto mi sembra impossibile. Scopo del legislatore austriaco fu quello di accelerare la definizione delle controversie commerciali e scemare l'abuso delle eccezioni d'incompetenza. Tale scopo, limpidamente espresso nei motivi legislativi, esiste tanto se il convenuto sia cittadino austriaco quanto se sia straniero; l'essenziale è che la qualità del convenuto, decisiva in argomento, possa essere sicuramente ed in breve accertata, mentre i mezzi per procedere a questo accertamento escono dallo scopo della legge. In altri termini la condizione posta dal legislatore, che la qualità di commerciante del convenuto risulti dal registro di commercio, non si riferisce che al mezzo riconosciuto dalle leggi austriache per stabilire appunto quella qualità, senza punto escludere i mezzi riconosciuti in leggi straniere. Poichè essenziale nel concetto

del legislatore è soltantò questo: che venga riconosciuta nel convenuto la qualità di commerciante, soltanto a questo con generica espressione il legislatore stesso si sarebbe riferito nell' ipotesi che mancasse in Austria come manca da noi il registro di commercio. In tale ipotesi nessun dubbio che i commercianti stranieri in Austria avrebbero goduto del fòro commerciale, di qualunque genere fossero i mezzi riconosciuti dalle loro leggi nazionali per stabilire la loro qualità; ora sarebbe ben strano che i commercianti italiani ad esempio rimanessero esclusi dal fòro commerciale austriaco unicamente per il fatto che diversi per le nostre leggi e per quelle austriache sono i mezzi per provare la qualità di commerciante.

Quello che abbiamo detto della giurisdizione commerciale vale anche per l' arbitrato obbligatorio, il quale in fondo non è altro che una giurisdizione speciale. Per esempio, finchè in Francia e nel Belgio durò tale istituto, ad esso si ritennero vincolate anche le società commerciali straniere, pur quando queste fossero stabilite in un paese dove la giurisdizione arbitrale obbligatoria non esistesse o fosse abolita. Giustamente il tribunale di commercio di Anversa con sentenza 25 luglio 1871 ritenne la regola dell' art. 51 del Cod. di com. del 1807 d' ordine pubblico come tutte quelle che determinano l' organizzazione e

la competenza dei tribunali. In virtù dello stesso principio, l'arbitrato obbligatorio essendo stato abolito in Francia con la legge 17 luglio 1856 e nel Belgio con la legge 18 maggio 1873, le società straniere non possono in quei due Stati investire delle loro contestazioni che i tribunali ordinari, anche se nel loro paese esiste ancora per esse l'arbitrato obbligatorio (1).

Se lo straniero è soggetto alla giurisdizione così come questa è ordinata nello Stato territoriale, esso però gode di tutte le garanzie offerte dalla legislazione locale. Ad esso per esempio si estende la garanzia costituzionale fissata nell'art. 71 del nostro Statuto, per cui nessuno può essere sottratto ai suoi giudici naturali. Esso potrà tener responsabile il giudice del suo operato nei casi, quasi sempre eccezionali, espressamente determinati dalla legge territoriale (ad es. nei casi degli art. 783 e segg. del nostro Cod. proc. civ.) (2) e negli altri casi molto più numerosi usare

(1) Foelix et Demangeat, Traité de droit intern. privé 4ª ediz. vol. I, n.i 125 e 126; de Paepe op. cit. vol. II, pag. 396-7.

(2) La concessione agli stranieri delle garanzie individuali contro gli atti del giudice è utile anche allo Stato concedente, che in tal modo viene esonerato da responsabilità internazionale. Vedi per le limitazioni, che tale principio riceve in fatto nei rapporti fra Stati europei e Stati sud-americani, Tchernoff, Protection des nationaux résidant à l'étranger pag. 287 e segg. Sulla questione generale

dei mezzi di ricorso dalla stessa legge locale determinati [1].

Per converso anche agli stranieri si applica il principio indiscusso della retroattività delle leggi sull'ordinamento giudiziario. Di tal guisa, se uno Stato abolisce in un certo momento una giurisdizione speciale già esistente per gli stranieri, questi non possono vantare alcun diritto quesito all'antica giurisdizione e devono continuare le loro cause davanti alla giurisdizione ordinaria. La questione fu agitata e risolta nel senso accennato a proposito della famosa causa Zappa fra Grecia e Rumania, pretendendosi dalla prima che davanti alla giurisdizione consolare già abolita nella seconda si continuassero le procedure iniziate durante il suo vigore [2].

4. — Il diritto all'esercizio della funzione giudiziaria è un diritto essenzialmente politico, dal

della responsabilità degli Stati per le sentenze emanate dalle loro magistrature, la quale si presenta intimamente connessa colle garanzie offerte agli stranieri nella amministrazione della giustizia, vedi DIENA, Se e in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni alle obbligazioni internazionali degli Stati, Torino, 1901, pag. 29-40.

[1] In Grecia i simboli in genere fissavano la regola che la parte soccombente davanti al magistrato straniero potesse appellarsi al suo magistrato nazionale o a quello di un terzo Stato (CATELLANI op. cit. vol. I, pag. 99).

[2] Vedi l'esame della questione e delle discussioni a cui dette luogo nei miei Enti collettivi, pag. 61-2.

quale gli stranieri rimangono esclusi dovunque e rispetto a qualsiasi forma di giurisdizione [1]. In ciò il diritto pubblico moderno può dirsi una

[1] La nostra legge 15 giugno 1893 n.° 295 sui probi-viri all'art. 18 rende eleggibili tutti gli elettori e questi per l'art. 16 devono essere cittadini dello Stato oppure originarî delle altre provincie italiane, anche quando manchino della naturalità. Ora è certo che le giurie dei probi-viri spiegano una vera e completa funzione giurisdizionale nelle controversie nascenti dai contratti di lavoro o di tirocinio e sono da considerare come organi di giurisdizione civile ordinaria (vedi MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 5). Trattandosi dunque, al pari delle magistrature indicate nella legge sull'ordinamento giudiziario, di organi diretti della sovranità nazionale per l'esercizio della funzione giurisdizionale, è naturale che lo Stato ne escluda gli stranieri. — La nazionalità italiana, che nel regno è richiesta per essere ammessi a qualunque funzione od ufficio giudiziario (art. 9 e 84 della legge 6 dicembre 1865) non è assolutamente richiesta per essere giudice di un tribunale consolare (art. 69 della legge del 1866). Si tratta di una disposizione eccezionale imposta dalle difficoltà materiali di trovare dovunque dei cittadini atti alle funzioni di giudici.

In Francia lo straniero non può essere eletto membro di un tribunale di commercio o prender parte all'elezione dei giudici di questo tribunale (legge 8 dicembre 1883 art. 1 e 2), non può essere membro di un giurì criminale (Cod. istruz. criminale art. 381 e legge 20 nov. 1872 art. 1°), non può essere membro di un giurì di espropriazione (legge 3 maggio 1841 art. 29), nè di un consiglio di probi-viri (legge 1° giugno 1853 art. 6), non può essere arbitro o delegato nelle controversie collettive fra padroni e operai o impiegati (legge 27 dic. 1892 art. 15). Prima della legge 17 luglio 1856, che abolì l'arbitrato obbligatorio, era generalmente ammesso che lo straniero, anche se autorizzato a

continuazione dell' antico. Il sistema costante nelle democrazie italiane del medio-evo, di nominare a podestà (colla funzione principale di amministrare la giustizia) uno straniero, è andato col tempo completamente perduto (1). Ha del resto pienamente ragione il Catellani di osservare che in quel sistema « il concetto ispiratore della concessione non era già il favore dello straniero o

fissare il suo domicilio, non poteva a pena di nullità della sentenza compiere la funzione di arbitro obbligatorio (cfr. Weiss, op. cit. vol. II, pag. 147-8 e 157 n. 1).

In Germania gli stranieri sono incapaci di compiere le funzioni di scabino o di giurato (legge sull' organizzazione giudiziaria del 20 maggio 1898 §§ 31 e 84) e dalla legge 6 luglio 1904 (*Bull. de l' office international du travail* 1904 pag. 161 e segg.) sono esclusi dalla funzione di membri dei tribunali di commercio (art. 10) e dal diritto di eleggere tali membri (art. 13).

In Inghilterra il *Juries act* del 1870 (33 e 34 Vict. cap. 77) all' art. 8 dispone che gli stranieri residenti da più di 10 anni nel territorio inglese potranno e dovranno compiere sotto le stesse condizioni dei cittadini le funzioni di giurati, le quali vengono considerate piuttosto come il compimento di un dovere sociale che come l' esercizio di un mandato politico (cfr. Weiss, op. cit. vol. II, pag. 464-5).

(1) L' unico esempio che ora rimanga è quello della repubblica di S. Marino, dove il Commissario della legge, corrispondente per l' amministrazione della giustizia al podestà dei nostri comuni medioevali, deve essere un forestiero. (Leges statutae reipublicae Sancti Marini n° 37, nella *Raccolta delle leggi e decreti della repubblica di S. Marino, coordinata e riveduta* da T. C. Giannini e M. Bonelli, Città di Castello 1900, pag. 29-30).

la pratica dell' equità, ma la utilità pubblica del paese dove lo straniero era chiamato a governare » (1).

Il solo caso, in cui il diritto pubblico moderno consente l' ammissione degli stranieri all' esercizio di funzioni attinenti all' amministrazione della giustizia, è quello dell' arbitrato. Presso di noi infatti (art. 10 Cod. proc. civ.) e in vari altri paesi (2) gli stranieri possono essere scelti come arbitri. Ma non si tratta qui veramente di funzione giurisdizionale: il compromesso è di sua natura volontario e in sè e per sè non ha una maggiore efficacia che un contratto che le parti direttamente concludono su un rapporto giuridico contestato. Giudicando in forza non dell' autorità dello Stato, ma della volontà delle parti, l' arbitro non ha punto di quell' esercizio di sovranità che caratterizza la giurisdizione (3).

(1) CATELLANI, op. e ediz. cit. vol. I, pag. 296-7.

(2) Così per es. in Francia (WEISS, op. cit. vol. II, pag. 157 e gli altri autori ivi citati nella nota 3) e nel Belgio (ROLIN, op. cit. vol. I pag. 142). In Grecia invece gli stranieri secondo l' art. 112 Cod. proc. civ. non possono essere arbitri, ma secondo la giurisprudenza della Cassazione essi non possono invocare tale divieto (LESKE u. LOEWENFELD, II, 79).

(3) In questo senso WACH, op. cit. pag. 64-5 e 74-5; SCHMIDT, op. cit. pag. 109-110; HELLWIG, op. cit. vol. I pag. 57; CHIOVENDA, op. cit. pag. 29 in nota; WEISS, op. cit. vol I, pag. 157.

In massima può dirsi che gli stranieri non hanno neppure la capacità di essere soggetti ausiliari del processo. Ciò è evidente nei riguardi dei cancellieri e degli uscieri, i quali ben possono in un certo senso considerarsi come organi giurisdizionali ([1]). Basta infatti pensare al vario modo, con cui le funzioni dei cancellieri e degli uscieri si collegano allo sviluppo ordinario del processo per riconoscere subito come da esse debbano ritenersi esclusi gli stranieri (art. 9 della nostra legge 6 dicembre 1865 sull' ordinamento giudiziario) ([2]).

Ancora il diritto pubblico moderno ben difficilmente può ammettere che uno straniero venga ascritto nel novero di quelle persone che, pure estranee all' ordine giudiziario, cooperano all' amministrazione della giustizia, possa essere cioè notaio, procuratore o avvocato. Tale divieto trova una perfetta corrispondenza nel diritto antico. Nell' alto medio-evo, finchè si mantenne in vita il sistema della personalità delle leggi, anche gli avvocati, alla pari dei giudici, dovevano scegliersi

([1]) Cfr. le acute e minute indagini del CHIOVENDA, op. cit. pag. 25-32 in nota.

([2]) Anche in Francia per la legge 25 ventoso anno XI art. 35 lo straniero non è ammesso a esercitare la professione di usciere. Invece nel Principato di Monaco lo straniero può essere notaio, cancelliere e usciere: vedi DE ROLLAND in *Journal* 1890, pag. 59.

di caso in caso fra quelli della legge dei contendenti [1]; ma stabilita la territorialità del diritto, la cittadinanza per nascita o per naturalizzazione fu subito condizione richiesta per assumere l'ufficio tanto di avvocato che di procuratore [2]. Qua e là alla specialità dei giudici si trova corrispondente la specialità degli avvocati, in quanto alcuni fra questi avevano il compito specifico di difendere i diritti dei forestieri [3]; ma la proibizione agli stranieri di esercitare sì l'avvocatura che il notariato fu comune al medio-evo e all'epoca moderna [4]. A rendere generale il divieto può dirsi col Catellani che abbia contribuito l'esperienza. Quello infatti, che non sempre era esistito nelle varie regioni, si affermò in alcune solo quando ne dimostrarono la necessità l'esorbitanza dei forestieri e le ragioni di tutela della pubblica fede. Così in Venezia fino al 1586 si tolleravano anche sollecitatori forestieri e solo quando la pubblica fede ne ebbe a soffrire si riservò quella professione ai veneziani per nascimento o per privilegio, ammettendosi solo ecce-

[1] PERTILE, op. cit. vol. VI, parte 1ª pag. 273. Nella famosa lite farfense del 998 all'abate di Farfa il giudice romano voleva dare un avvocato romano, mentre l'abate lo pretendeva longobardo (Reg. di Farfa III, n. 459).

[2] PERTILE, op. e vol. cit. pag. 276.

[3] PERTILE, op. e vol. cit. pag. 277.

[4] PERTILE, op. cit. vol. III, pag. 190 e vol. VI parte 1ª pag. 297; CATELLANI, op. cit. vol. I, pag. 296 n. 1.

zionalmente gli stranieri dopo un lungo domicilio [1]. Quanto ai tempi a noi più vicini è da ricordare la costituzione modenese del 1771 (I, 1, 27), la quale ammette gli avvocati e procuratori stranieri a condizione che vi sia reciprocità a favore degli avvocati e procuratori modenesi [2].

La qualità di pubblici ufficiali, onde i notai sono rivestiti, rende evidente il bisogno in essi della cittadinanza (vedi l'art. 25 della nostra legge notarile 25 marzo 1879). Ma questo bisogno è intensificato dal fatto che i notai si trovano colla loro opera variamente associati all'amministrazione della giustizia, sia perchè i loro atti sono prove giudiziarie di massimo valore ed hanno anche forza esecutiva, sia perchè possono compiere speciali atti di giurisdizione per delegazione dell'autorità competente [3].

L'avvocatura dal punto di vista del diritto pubblico, rispetto cioè ai suoi rapporti con la organizzazione giudiziaria e coi diritti di sovranità, può essere regolata secondo l'uno o l'altro

[1] Cfr. FERRO, Dizionario del diritto comune e veneto (Venezia 1847) v. Avvocato; CATELLANI, op. e vol. cit. pag. 308.

[2] PERTILE, op. cit. vol. VI parte 1ª pag. 276 n. 35.

[3] Non sarà inutile ricordare che per l'art. 159 della nostra legge sull'ordinamento giudiziario in caso di mancanza o impedimento dei cancellieri e vice-cancellieri i notai possono in caso di urgenza essere chiamati provvisoriamente a farne le veci.

di due sistemi contrapposti, che rispetto all' argomento che qui c' interessa sono origine di diverse conseguenze. L' istituzione dell' avvocatura combina ed unisce in sè due situazioni, che d' ordinario sono assolutamente separate e sembrano anche inconciliabili e cioè il compimento di funzioni pubbliche e l' esercizio di una professione privata [1]. Ora la caratteristica differenziale fra i due sistemi sta appunto nella prevalenza accordata nella considerazione obbiettiva dell' istituto o nel suo regolamento legislativo all' una o all' altra delle due situazioni componenti. Il primo sistema considera l' avvocatura come una qualunque professione libera, che lo Stato regola non diversamente dalle altre. Le legislazioni, che partono da un tale concetto, non hanno alcun serio motivo per negare agli stranieri l' esercizio dell' avvocatura; in ogni modo la qualunque decisione che lo Stato potesse prendere al riguardo non potrebbe essere ispirata da motivi diversi da quelli per i quali s' induce ad accordare o negare agli stranieri l' esercizio delle altre professioni liberali per es. della medicina [2].

[1] Cfr. LABAND, op. cit. ed. fr. vol. IV, pag. 287.

[2] In relazione al sistema riferito l' esercizio dell' avvocatura viene generalmente concesso agli stranieri negli Stati dell' America del Sud. Al Paraguay per esempio, secondo risulta da una decisione del Tribunale supremo di giustizia in data 10 marzo 1899 (*Journal*, 1903, pag. 414),

Il secondo sistema, che la maggior parte delle legislazioni accolgono almeno in principio, nelle funzioni di diritto pubblico ravvisa la parte più importante della professione dell'avvocato così da considerarne tutta l'attività professionale quale una funzione pubblica. In questo sistema l'avvocato prende parte al processo non soltanto nell'interesse privato delle parti, ma anche e più in

l'esercizio della difesa davanti ai tribunali è libero in modo che ogni persona, anche straniera, può esercitare la professione di avvocato a condizione di pagare la patente relativa e d'essere iscritto nel registro speciale tenuto a tal uopo alla cancelleria del tribunale; e il diploma di avvocato rilasciato da un tribunale straniero non può essere preso in considerazione se non è stato convalidato dall'autorità competente secondo le leggi del Paraguay. — Allo stesso tipo appartiene la legislazione della repubblica Argentina, dove lo straniero munito di diploma di avvocato può esercitare liberamente la professione sotto la sola condizione di presentare il suo diploma legalizzato e di sottoporsi a un esame generale su tutte le materie insegnate nella facoltà legale (vedi DAIREAUX in *Journal* 1886, pag. 421). — In Europa può ricordarsi l'Inghilterra, dove non si è mai pensato a considerare l'avvocato come un pubblico ufficiale e in conseguenza sono ammessi a difendere gli avvocati di tutte le nazionalità (LESLIE F. SCOTT e MALCOLM MAC FLEVRAITH, in *Journal*, 1897, pag. 764-5); e alcuni cantoni svizzeri (vedi LESKE u. LOEWENFELD, I, 119), come ad es. il cantone di S. Gallo, dove per il regolamento 14-21 maggio 1901 gli stranieri possono essere avvocati, ma non *Rechtsagenten* ossia agenti ufficialmente accreditati presso i tribunali per la rappresentanza delle parti in certi affari giudiziarî (*Ann. de lég. étr.* XXXI, 383).

un interesse pubblico, nell' interesse obbiettivo cioè del raggiungimento dello scopo processuale ed appare come un organo della protezione giuridica, che coopera col tribunale a questo scopo ([1]). Secondo le leggi che suppongono l' intervento di avvocati nella condotta dei processi, il compito dello Stato, che consiste nel proteggere il diritto, non deve e non può essere compiuto che grazie all' ausilio degli avvocati. L' attività professionale degli avvocati è dunque necessaria allo Stato; è un fattore dell' amministrazione della giustizia voluto dalla organizzazione giudiziaria; si può quindi considerare l' avvocatura non diversamente che il Pubblico Ministero come un' istituzione facente parte costitutiva della organizzazione giudiziaria nel suo più largo significato ([2]). Da ciò è facile dedurre non soltanto che lo Stato

([1]) Vedi SCHMIDT, op. cit. pag. 184 e BUNSEN, op. cit. pag. 130.

([2]) LABAND, op. e vol. cit. pag. 288-9. Vedi nelle pagine seguenti le diverse conseguenze, che secondo l' autore sarebbero derivate nel diritto tedesco dall' adozione dell' uno o dell' altro dei due sistemi contrapposti. La legislazione federale germanica adottò invece un sistema intermedio (una fedele esposizione può trovarsene in SCHMIDT, op. cit. pag. 184-190 e in BUNSEN, op. cit. pag. 132-9); ma la diversità delle conseguenze disegnata logicamente dal Laband è per noi istruttiva in quanto si presta ad una trasposizione per analogia nel campo internazionale, di cui il Laband stesso non si occupa.

deve garantirsi con un preciso e rigoroso regolamento che gli avvocati siano all'altezza del loro ministero, ma anche che gli stranieri non possono essere ammessi all'esercizio dell'avvocatura e che questo esercizio non può oltrepassare i limiti territoriali dello Stato istituente.

La legislazione russa ci offre la riprova migliore della verità del nostro asserto, per cui i due diversi sistemi circa l'ordinamento dell'avvocatura sono fonte di un diverso trattamento relativo degli stranieri. Può dirsi infatti che in Russia quei due sistemi siano contemporaneamente attuati con conseguenze divergenti nel campo internazionale: si hanno da un lato gli *avvocati giurati*, organizzati rigorosamente sulla base del concetto del pubblico ufficio dal Cod. di proc. civ. del 1864, e dall'altro i *difensori privati* creati con legge 25 maggio 1874 (1); dalla prima categoria gli stranieri sono esclusi in modo esplicito, alla seconda invece nel silenzio della legge possono essere liberamente ammessi (2).

La gran maggioranza delle legislazioni, piuttosto che uno dei due tipi puri, adotta un sistema intermedio. In tali casi il legislatore concede o nega agli stranieri l'esercizio dell'avvocatura a seconda che nel suo concetto ovvero nella com-

(1) Sulla diversa organizzazione delle due categorie di difensori vedi LESKE u. LOEWENFELD, II, 602-6.

(2) LESKE u. LOEWENFELD, II, 599 n. 2.

mistione di elementi formatasi nell' ordinamento positivo prevalga l' analogia col pubblico ufficio o colla professione libera. Così da un lato può ricordarsi la legge germanica dal 1.° luglio 1878 (modificata con legge 17 maggio 1898) che al § 1.° richiede per l'avvocato le stesse condizioni di capacità che per essere giudice, fra le quali naturalmente la cittadinanza [1]; e dall' altro la legge italiana 8 giugno 1874, che non richiede la cittadinanza per l' iscrizione nell' albo degli avvocati, onde anche un avvocato straniero può ottenere tale iscrizione se concorrono in lui gli altri requisiti richiesti, fra i quali è la laurea in giurisprudenza data o confermata in una delle università del Regno (art. 8) [2]. Sistema internazio-

[1] SCHMIDT, op. cit. pag. 184-5. Nello stesso senso la legge serba 15 giugno 1865 e la legge bulgara 16 dicembre 1888 (LESKE u. LOEWENFELD, II, 207 e 248), l' *Advokaten-Ordnung* austriaco del 6 luglio 1868 (LESKE u. LOEWENFELD III; parte 1ª pag. 90) e la legge 3 luglio 1898 del cantone di Zurigo (*Ann. de lég. étr.* XXVIII, 566).

[2] Alcuno ha ritenuto non essere necessaria la conferma della laurea ottenuta all' estero per l' avvocato forestiero esercente nella sua patria, il quale volesse non già venire ad esercitare abitualmente in Italia ed ottenere perciò l' iscrizione in qualche albo del regno, ma semplicemente assumere la difesa in una data causa davanti a qualche nostro tribunale. Senonchè tutti gli argomenti addotti a sostegno di quest' opinione mi pare debbano infrangersi contro il testo preciso della nostra legge. Cfr. A. BIANCHI, Sull' esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore, Torino 1885, pag. 97-8.

nalmente intermedio è quello del Belgio, dove per la legge 10 aprile 1890 gli avvocati stranieri possono essere ammessi ad esercitare la loro professione coll'autorizzazione del governo ([1]).

Nei paesi in cui il legislatore, dopo avere ordinata l'avvocatura in base a un sistema misto, non dà una norma esplicita circa la posizione degli stranieri, si hanno discussioni dottrinali e divergenze pratiche, alle quali è presupposto la prevalenza assegnata all'uno o all'altro dei due elementi del sistema misto. Di ciò offre esempio la Francia, il cui antico diritto negava espressamente agli stranieri di prestare il giuramento di avvocato e di difendere a questo titolo davanti ai tribunali francesi gl'interessi altrui. La dottrina e

([1]) Rolin, op. cit. vol. I pag. 142. Nella pratica, nonostante la norma data dalla legge del 1890, gli avvocati stranieri sono stati spesso ammessi a patrocinare nel Belgio quando presentavano garanzie di moralità e di scienza (*Journal* 1900, pag. 1110). Attraverso le incertezze della giurisprudenza può dirsi che oggi il sistema più generalmante seguito sia questo: non si autorizzano gli avvocati stranieri a difendere vestendo la toga, ma si permette loro di fornire, in abito di città, alcune spiegazioni, che naturalmente nascondono una difesa. Il fôro belga si è più volte preoccupato della grande frequenza di avvocati francesi, che si recano a difendere davanti ai tribunali del Belgio (*Journal* 1901, pag. 1070-2) e recentemente per bocca di Camille de Jaer, bâtonnier dell'ordine degli avvocati alla corte di Bruxelles, ha protestato contro una tolleranza tanto più dannosa in quanto manca la reciprocità da parte della Francia (*Journal*, 1903, pag. 451-3).

la pratica dei tribunali e dei consigli dell'ordine sembrano oggi prevalenti nel senso di ritenere che tale incapacità sussista tuttora sopravvivendo alla desuetudine che ha colpito quell'antico diritto; e la ragione sta nel carattere ufficiale dell'avvocato, che nettamente apparisce in parecchie attribuzioni speciali conferitegli dalla legge, fra le quali è decisiva quella per cui ogni avvocato iscritto può essere chiamato nell'ordine della sua iscrizione a rimpiazzare i giudici e gli ufficiali del Pubblico Ministero impediti. Dalla incapacità accennata la dottrina e la pratica deducono che l'avvocato iscritto all'estero, che a nome del suo cliente si presenta davanti a un tribunale francese, deve essere assimilato a un mandatario ordinario e non può vestire la toga [1]. Per una disposizione espressa ed ancora in vigore (l'art. 35 della legge 25 ventoso anno XII) lo straniero non può essere in Francia avvocato al Consiglio di Stato e alla Corte di Cassazione e non può esercitare la professione di procuratore.

L'influenza nel campo internazionale dei due

[1] Ampio riferimento delle discussioni dottrinali e della pratica giudiziaria e dei consigli dell'ordine può trovarsi in Weiss, op. cit. vol. II, pag. 150-4. Quanto alla pratica si può ricordare in senso contrario che l'avv. Podreider di Milano ha parecchie volte patrocinato in Francia in cause penali e per di più non colla toga alla foggia francese, ma colla toga all'italiana (*Journal* 1903 pag. 467).

concetti, che isolati o combinati insieme determinano il regolamento dell' avvocatura, si fa sentire anche rispetto al ministero di procuratore là dove questo ha un' esistenza indipendente dall' altro di avvocato. L' Italia e l' Inghilterra possono dare esempio dei due tipi contrapposti: in Italia infatti, dove prevale nell' ordinamento legislativo il concetto del pubblico ufficio, la cittadinanza è condizione necessaria per l' iscrizione nell' albo dei procuratori (art. 39 della legge 8 giugno 1874), [1] mentre in Inghilterra, dove idea dominante praticamente attuata è quella della professione libera, anche uno straniero può essere *solicitor*.

Nei casi in cui secondo la *lex fori* la rappresentanza processuale possa essere affidata a persona che non sia nè avvocato nè procuratore, è evidente che essa può essere affidata anche ad uno straniero, che raccolga in sè le stesse condizioni di capacità che vengono richieste per il nazionale. La legislazione germanica dà in proposito una disposizione esplicita, che è tanto più importante in quanto il diritto tedesco non conosce che l' avvocatura, la quale unisce in sè le funzioni di avvocato e di procuratore. Secondo il § 77 del C. P. O. del 1898 può essere rappresentante in un processo ogni persona capace di

[1] A. Bianchi, op. cit. pag. 207.

stare in giudizio; ha quindi quella capacità anche lo straniero che sia processualmente capace in base alla norma del § 55 del C. P. O. E per il § 187 della *Gerichtsordnungsgesetz* 20 maggio 1898 il tribunale deve fare intervenire un interprete quando si produce come rappresentante uno straniero che non sia padrone della lingua tedesca.

Parliamo infine, dal punto di vista che c' interessa, della posizione degli stranieri rispetto alle funzioni di quelli che possono considerarsi come l' ultima categoria dei soggetti ausiliari del processo, cioè dei testimoni e dei periti.

Che gli stranieri abbiano la capacità di fungere da testimoni in un processo [1], non è oggi in alcun paese oggetto di contestazione [2]. Ma veramente piuttosto che di capacità è il caso di parlare di soggezione ad un obbligo di diritto pubblico concernente l'amministrazione della giustizia.

Ben dice il Laband che secondo la sua evoluzione storica l' obbligo di testimoniare si presenta come un obbligo giudiziario, come un peso

[1] Prescindo dunque dal considerare la capacità degli stranieri a fungere da testimoni negli atti notarili, nei testamenti e in genere negli atti della vita civile.

[2] Nel nostro medio-evo gli stranieri spesso non erano ammessi a testimoniare contro cittadini oppure la loro testimonianza era limitata ad una certa somma (PERTILE, op. cit. vol. III, pag. 127 n. 60 e 190 n. 17).

cioè imposto dallo Stato nell'interesse dell'amministrazione della giustizia e la cui osservanza è assicurata mercè l'esercizio della podestà giudiziaria [1]. Si tratta dunque di un dovere verso lo Stato, anche se la testimonianza è richiesta da una parte ed è portata nell'interesse pecuniario di questa. Ma il suo carattere di diritto pubblico non è argomento sufficiente per richiedere la cittadinanza come condizione preliminare necessaria per la sua legittimazione passiva. Poichè, come il Laband afferma, l'obbligo di testimoniare non è che il riflesso della costrizione che esercita l'autorità pubblica in vista di proteggere il diritto o un caso di applicazione del dovere di obbedienza all'autorità giudiziaria, esso deve imporsi a tutti coloro che in fatto, cioè per il luogo dove materialmente si trovano, sono sottoposti all'autorità pubblica [2]. Gli stranieri, a cui lo Stato accorda una pretesa giuridica per valersi ai propri fini dell'amministrazione locale della giustizia e che secondo vari criteri di collegamento coll'autorità dello Stato sono soggetti alla giustizia ivi amministrata, non potrebbero essere ragionevolmente esonerati dal prestare l'opera loro per raggiungere lo scopo, al quale anch'essi non sono estranei, della tutela del di-

(1) LABAND, op. e vol. cit. pag. 344-5.

(2) LABAND, op. e vol. cit. pag. 359. Cfr. anche SCHMIDT, op. cit. pag. 478.

ritto. L' obbligo degli stranieri di rendere testimonianza davanti alle autorità giudiziarie locali può dunque considerarsi da un lato come un dovere in qualche guisa reciproco al loro diritto subbiettivo di agire davanti alle stesse autorità giudiziarie locali e dall' altro come un ulteriore conseguenza di quella soggezione alla stessa autorità giudiziaria, per cui possono legittimamente apparire davanti ad essa nella veste di convenuti. Quest' ultima proposizione è più esatta della prima e sopratutto maggiormente feconda di conseguenze dal punto di vista che ora ci occupa. Può infatti affermarsi come principio generale, che i limiti dell' obbligo di testimoniare, che s' impone agli stranieri, sono determinati dall' estensione dell' obbligo di soggezione all' autorità giudiziaria. Così gli agenti diplomatici che sono sottratti alla potestà giudiziaria, non hanno neppure l' obbligo di testimoniare. Vedremo ampiamente in seguito come la esenzione dalla giurisdizione locale, di cui tali persone godono secondo le norme di diritto internazionale, non sia completa, assoluta, senza eccezioni; in particolare attraverso tutte le controversie che si agitano nell' argomento può ritenersi come stabilito che gli agenti diplomatici sono soggetti all' autorità giudiziaria quand' essi ne accettano spontaneamente la giurisdizione. In correlazione a questo principio è certo che le persone privilegiate dal punto di vista

del diritto internazionale possono essere intese come testi col loro consenso [1].

[1] L'esenzione dall'obbligo di testimoniare poggia sullo stesso bisogno di tutelare l'indipendenza dell'agente diplomatico, che giustifica l'esenzione dalla giurisdizione; quell'obbligo infatti condurrebbe nel caso di rifiuto alla diretta costrizione della persona e porterebbe con sè il pericolo che l'agente diplomatico fosse indotto a deporre su cose, la cui segretezza è nell'interesse del suo ufficio (vedi von Bar op. cit. vol. II pag. 642). Ma ogni attentato al principio dell'indipendenza esula quando, secondo avviene nella pratica internazionale, si chieda gentilmente all'agente diplomatico se vuol deporre e si lasci a lui o allo Stato da cui dipende non solo la facoltà di deporre, ma anche quella di fissare la forma della deposizione (cfr. Ullmann, op. cit. pag. 107). L'Istituto di diritto internazionale nel regolamento votato nella sessione di Cambridge del 1895 sulle immunità diplomatiche pose all'art. 18 la regola seguente: « Les personnes jouissant de l'immunité de juridiction peuvent refuser de comparaître comme témoins devant une juridiction territoriale, à condition, si elles en sont requises par la voie diplomatique, de donner leur témoignage même, dans l'hôtel de la mission, à un magistrat du pays délégué auprès d'elles à cet effet ». (*Annaire* XIV, 244). Come assai più ristretta è l'immunità giurisdizionale dei consoli, così più limitato è il privilegio, che essi godono di fronte all'obligo di testimoniare. Nel regolamento fatto nella sessione di Venezia del 1896 sulle immunità consolari l'Istituto pose all'art. 8 questo principio: « Ils *(les consules missi)* ne sont pas tenus de comparaître commê témoins devant les tribunaux locaux. Leur témoignage doit être recueilli à leur domicile par un magistrat délégué ad hoc. Dans les cas exceptionnels où la comparution personelle du consul devant la juridiction civile ou criminelle serait jugée indispensable, le gouvernement territorial, si le consul refusait

La soggezione all' autorità giudiziaria non è determinata esclusivamente dal soggiorno nel territorio dello Stato; in base ai varî criterî su cui poggiano le norme di giurisdizione internazionale quella soggezione ha luogo anche trattàndosi di stranieri dimoranti all' estero. Certo però in quest' ultimo caso la soggezione non è intera e completa, nel senso che la sua osservanza ha delle garanzie indirette; infatti il più spesso avverrà che la pronuncia giudiziaria, non trovando luogo di essere eseguita nel territorio, avrà il valore di una semplice dichiarazione di diritto, che per ottenere pratica efficacia dovrà avere la cooperazione dell' autorità giudiziaria di quello Stato, in cui l' esecuzione è possibile. E allora lo straniero è soggetto alla prima autorità giudiziaria soltanto per riflesso della seconda, rispetto alla quale la sua soggezione è completa ed assoluta in quanto munita per se stessa dei

de déférer à l' invitation qui lui serait adressée de se presenter devant le juge compétent, aurait recours à la voie diplomatique ». (*Annaire* XV, 305). A questo principio si uniforma la pratica internazionale, come può vedersi ad esempio nelle convenzioni dell' Italia con S. Salvador 27 ott. 1860 art. 23, con la Svizzera 22 luglio 1868 art. 14 e con la Spagna 21 luglio 1867 art. 9. Quest' ultima convenzione è particolarmente notevole, perchè seguendo la massima, adottata poi dall' Istituto, essa limita l' immunità ai consoli « sudditi dello Stato che li nomina e che non esercitino il commercio, nè alcuna specie di industria ».

mezzi di effettività. Non diversamente avviene per l'obbligo di testimoniare, il cui contenuto sta nell'obbligo di deporre e di presentarsi a tale scopo davanti al magistrato [1]; esso infatti s'impone senza limiti agli stranieri che si trovano nel territorio, mentre si affievolisce rispetto agli stranieri che si trovano all'estero, poichè rispetto a questi ultimi l'effettività dell'obbligo non può risultare che dall'esercizio della podestà giudiziaria dello Stato dove essi materialmente si trovano [2].

Il limite che la giurisdizione ha nel territorio dello Stato pone un ostacolo giuridico all'effettività dell'obbligo di testimoniare non soltanto rispetto agli stranieri residenti all'estero, ma anche rispetto ai nazionali che si trovano all'estero. Generalizzando quanto il Laband afferma nei riguardi dell'impero germanico, si può ben ritenere che delle persone soggiornanti all'estero possono essere intese come testi negli affari portati davanti ai tribunali dello Stato ed essere a tal uopo citate davanti a questi tribunali, oppure essere intese su richiesta dal tribunale del luogo del loro soggiorno. Ma nel primo caso il teste è libero di rendersi o no davanti al tribunale, per

[1] SCHMIDT, op. cit. pag. 479.

[2] Circa l'obbligo di comparire in giudizio *penale* degli stranieri residenti all'estero cfr. WEISS, op. cit. vol. II, pag. 155-6 in nota 5.

cui ha ricevuta la citazione e che non può a suo riguardo esercitare costrizione di sorta; onde non può dirsi vi sia qui obbligo di testimonianza nel senso in cui l'intende il diritto pubblico. Invece nel caso di richiesta di un tribunale straniero il compimento dell'obbligo di testimonianza diviene un atto di obbedienza verso il potere pubblico dello Stato, nel quale il teste soggiorna e non verso il tribunale richiedente. Donde la norma che secondo il diritto dello Stato richiesto, sotto la cui tutela il teste si trova, il tribunale competente deve giudicare se una persona è astretta alla testimonianza o ha il diritto di rifiutare di deporre e quali conseguenze giudiziarie questo rifiuto porta (1).

Dal punto di vista del diritto pubblico l'obbligo che incombe ai periti è analogo a quello che incombe ai testi. Così quanto finora abbiamo detto circa l'obbligo di testimoniare vale anche circa l'obbligo di dare un avviso tecnico, con questo solo di notevole da osservare e cioè che l'avviso del privato è dato più spesso volontariamente, in modo che l'obbligo legale non interviene che a titolo sussidiario (2). Di tal guisa meglio che di obbligo può parlarsi di capacità

(1) LABAND, op. e vol. cit. pag. 361-3. Cfr. anche VON BAR, op. cit. vol. II, pag. 357 e seg. 407 e seg ; BÜLOW in *Civil. Archiv* vol. LXIV, pag. 51 e segg.

(2) LABAND, op. e vol. cit. pag. 378.

negli stranieri a fungere da periti, sia su designazione delle parti che d'ufficio dall'autorità giudiziaria. Che in genere non vi sia alcun legittimo motivo a contestare tale capacità fu assai bene dimostrato dalla Corte di Nancy, la quale disse che una perizia ordinata con sentenza non è che un mandato ordinario, che può essere confidato a tutti quelli che la legge non dichiara indegni; infatti il perito non rende decisione e non è investito dalla sentenza che lo nomina di alcuno smembramento dell'autorità giudiziaria; il suo ufficio si limita a riunire tutte le notizie proprie a illuminare la giustizia e a formulare un avviso, al quale i magistrati non sono tenuti di deferire e donde possono allontanarsi per porre la loro convinzione negli altri documenti del processo [1].

Affermato il principio generale della capacità, le limitazioni non possono derivare che da espresse disposizioni legislative, le quali in fatto sono quasi sempre collegate colle incapacità, da cui spesso gli stranieri vengono colpiti, di esercitare le professioni liberali. Così ad esempio in Francia la legge 30 novembre 1892 sull'esercizio della

[1] Sent. app. Nancy 9 febbraio 1886 in *Journal* 1886, pag. 444. Sugli apprezzamenti fatti da questa sentenza sono concordi la dottrina e la giurisprudenza francesi, come può vedersi nei richiami fatti dal WEISS, op. cit. vol. II, pag. 158 nota 3.

medicina art. 14 e il decreto regolamentare del 21 dicembre 1892 art. 2 prescrivono che « les fonctions de medicins experts près les tribunaux ne peuvent être remplies que par de docteurs en medicine *français* ». Ancora, recentemente il Primo Presidente della Corte d'appello di Parigi con un decreto 21 maggio 1903, che dal Ministro della Giustizia fu comunicato ai Presidenti delle altre Corti per farli giudici della convenienza di prendere delle misure analoghe, stabilì che per la nomina di traduttori-interpreti fosse necessaria oltre varie altre condizioni anche quella della cittadinanza francese, originaria o acquisita [1].

[1] *Journal*, 1904, pag. 252-3.

CAPITOLO III.

Il diritto obbiettivo applicabile a controversie giudiziali d'indole internazionale e rapporti del giudice con questo diritto.

1. Applicazione giudiziale del diritto internazionale. Posizione del problema. — 2. Applicazione ed interpretazione dei trattati. — 3. Applicazione del diritto internazionale consuetudinario. — 4. Conoscenza e prova del diritto internazionale e ricorso in Cassazione per violazione del diritto internazionale. — 5. Interpretazione delle leggi interne in materia internazionale. — 6. Modi di colmare le lacune legislative in materia internazionale: *a*) analogia legale. — 7. *b*) analogia giuridica. — 8. Obbligo del giudice di conoscere la legge straniera applicabile ad una controversia. Mezzi per raggiungere tale conoscenza. — 9. Interpretazione della legge straniera. — 10. Ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione di una legge straniera. — 11. *Quid* in caso di mancata conoscenza della legge straniera. — 12. Prova degli usi stranieri.

1. — Le ricerche su l'applicazione giudiziale del diritto internazionale, tutt'altro che agevoli, sono quanto mai interessanti, perchè hanno come punto di partenza indispensabile i concetti fondamentali, su cui poggia la dottrina del diritto internazionale, e rispecchiano le stesse divergenze che intorno a tali concetti si hanno nella scienza.

Secondo una parte della moderna letteratura, che si presenta come una derivazione logica dei principi della scuola naturalistica, il diritto internazionale regola non solamente i rapporti di Stato a Stato, ma anche di individuo a individuo, garantisce diritti e impone doveri non solamente agli Stati, ma anche agl' individui (1). Il diritto internazionale, provenendo dalla natura, è un diritto indipendente dall' arbitrio umano; non v'è quindi bisogno di alcuna attività da parte del singolo potere di uno Stato perchè esso ottenga forza obbligatoria nel territorio. In tal modo esso si rappresenta anche come diritto territoriale non nel senso di dovere la propria origine al potere territoriale, ma nell' altro senso che esso si oppone al singolo nel territorio colla stessa pretesa

(1) La teoria della personalità internazionale dell' individuo (che può trovarsi largamente esposta in BIGLIATI op. cit. pag. 21-2, 127-131, 135) è stata sostenuta in Germania dall' HEFFTER, Das europäischen Völkerrecht des Gegenwart ed. GEFFKEN, Berlin 1888 § 14 pag. 42-3 e più di recente dal KAUFMANN, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und des Verhältniss des Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben, Stuttgart 1899 pag. 1-13, 25-7 e *passim;* in Russia dal DE MARTENS op. cit. vol. I pag. 425 e segg.; in Italia, vigorosamente ed ampiamente, dal FIORE, Dir. intern. codificato 3ª ediz. pag. 35, 40-1, 45-9, 109-110, 115-6, 262-276 e Trattato di dir. intern. pub. 4ª ediz. vol. I (Torino 1904) pag. 167 e 436-461; in Francia dal BONFILS, op. cit. pag. 81-2 e 209 e segg.

al rispetto che ha il diritto territoriale nel più stretto senso della parola [1]. Da ciò discende con logica necessità che nel diritto oggettivo, alla cui tutela è ordinata la giurisdizione dello Stato in genere, va compreso anche il diritto internazionale e che, nello stesso modo con cui applicano il vero e proprio diritto territoriale, i tribunali dovranno applicare il diritto internazionale ogniqualvolta si tratti di prestare il riconoscimento pratico a delle facoltà soggettive su di esso fondate e ad esso conformi.

Questa teoria, semplice ed armonica, sopratutto per le sue basi di diritto naturale ha tutti i caratteri per essere una teoria generale. In realtà si deve credere precisamente il contrario, sia perchè essa ha limitata la sua efficacia soltanto nei paesi dove ebbe origine, cioè in Inghilterra e negli Stati Uniti d' America, sia perchè in questi stessi paesi per vario ordine di motivi essa non venne affatto concepita come universale [2].

Il Triepel, che con molta ampiezza di indagini e pari acume ha studiato la dottrina anglo-

[1] Cfr. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, pag. 141.

[2] Nell' essersi fondato quasi esclusivamente sulla teoria anglo-americana e nell' averla concepita come teoria generale stà il torto maggiore, che possa rimproverarsi al KAUFMANN nell' opera citata.

americana [1], dopo aver notato che il principio dell'essere il diritto internazionale da considerare come *a part of the law of the land* si trova espresso in così numerosi luoghi nella letteratura, nella giurisprudenza e nella corrispondenza diplomatica che è impossibile riunire tutti gli esempi anche approssimativamente [2], fa rilevare due fatti abbastanza importanti. In primo luogo il principio si trova affermato con speciale frequenza nelle sentenze dei magistrati in guisa da risultare evidente che esso serve di sostegno a una pratica giudiziaria, che apparisce preziosa o necessaria: la formula che il diritto internazionale si rappresenta come una parte del diritto territoriale rendeva possibile in tutte quelle sentenze la risposta al quesito se ed in quanto il giudice territoriale per i fatti sottoposti al suo giudizio debba applicare il diritto internazionale. In secondo luogo egli osserva che il principio ha un carattere così formale da far logicamente supporre che esso non sia, come molte formule simili, da prendere alla lettera o almeno che esso

[1] TRIEPEL op. cit. pag. 134 e segg.

[2] Vedi le citazioni fatte dal TRIEPEL in nota a pag. 138. Cfr. anche NYS, Les points de contact du droit international avec d'autres matières (*Revue de droit international* 1903, pag. 163-187) pag 164-7 e dello stesso autore il recentissimo libro: Le droit international. Les principes, les théories, les faits vol. I (Bruxelles-Paris 1904) pag. 185-9.

non sia inteso in egual senso da tutti quelli che lo applicano. Tale supposizione è pienamente confermata da un' intima indagine del materiale offerto dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tranne alcune voci isolate, dimostra il Triepel, il principio è sostenuto soltanto nei riguardi dell' Inghilterra e degli Stati Uniti; esso è notato come una caratteristica propria del diritto inglese, non mai preso nel senso di una teoria generalmente valida. Il maggior numero degli scrittori si è allontanato dalla concezione naturalistica, che darebbe al principio colore universale, e spiega perchè colloca la formula in limiti determinati. Blackstone spiega il fenomeno col carattere particolare della costituzione inglese, Wharton colla particolarità dell' ordinamento giudiziario inglese ed americano. I più si contentano dell' asserzione che il diritto internazionale è stato sempre considerato come diritto territoriale inglese o nord-americano o chiamato semplicemente *a part of the common law.*

Ma la più moderna dottrina, che segnatamente in Inghilterra accenna a diventare dominante, dà a questa espressione un significato ben diverso e più ristretto di quello che era indicato dagli antichi scrittori sotto la diretta ed immediata influenza del diritto naturale. Essa ritiene che il diritto internazionale non sia per se stesso diritto inglese, ma soltanto se ed in quanto sia

adottato dal diritto inglese; ritiene cioè che l'azione di una fonte giuridica interna sia necessaria per fare del diritto internazionale diritto interno. Così la formula *international law is part of the common law* acquista un significato esatto e preciso quando *international law is adopted by the common law.*

Quest'ultimo risultato possiamo considerare come definitivamente acquisito alla scienza ed avente quindi un valore generale; ma per darne la dimostrazione bisogna partire da dati fondamentali rigorosamente positivi eliminando anche le ultime traccie della concezione naturalistica.

Occorre anzitutto riaffermare il concetto tradizionale (alla cui saldezza scientifica ha portato così notevole contributo l'idea della personalità giuridica dello Stato), in virtù del quale il diritto internazionale regola soltanto rapporti fra Stati, soltanto in confronto di questi determina obblighi giuridici e crea diritti subbiettivi. Gl'individui non hanno diritti derivanti immediatamente dal diritto internazionale, essi sono incapaci di avere, di vantare e di perseguire altro che pretese giuridiche di natura statuale [1]. Il principio, per cui

[1] Cfr. BLUNTSCHLI, Droit international codifié § 22 e segg.; HOLTZENDORFF, Handbuch des Völkerrechts vol. I pag. 61; STOERK, Handbuch des Völkerrechts vol. II §§ 113 e 114; RIVIER, Principes de droit des gens vol. I pag. 3 e segg.; JELLINEK, System pag. 310-314; ULLMANN op. cit. pag. 6

l'individuo non può trarre diritti che da norme giuridiche interne, si converte necessariamente

e segg.; TRIEPEL op. cit. pag. 20-23 e *passim*.; LABAND op. cit. ed. fr. vol. II pag. 437-441 e 484; TCHERNOFF, Protection des nationaux résidant à l'étranger pag. 136-9; ANZILOTTI, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, *passim* e specialmente pag. 114-121 e 131-4; BIGLIATI op. cit. pag. 165-179; GAREIS op. cit. pag. 148-9; A. ZORN, op. cit. pag. 26-8 e 64; NYS op. cit. vol. I pag. 60-1; LISZT, op. cit. pag. 37. Ma sopra tutti questi autori è da ricordare l'HEILBORN, il quale dette del nostro principio una dimostrazione tanto acuta quanto vasta, completamente esauriente (op. cit. pag. 50-138). Egli osserva con molta ragione che se gl'individui avessero pretese giuridiche internazionali, dovrebbero potere disporne in modo internazionalmente valido e soprattutto farle valere (pag. 66-70); e dopo aver dimostrato che, nonostante qualche apparenza contraria, il diritto internazionale convenzionale e consuetudinario genera pretese soggettive soltanto a favore degli Stati, sostiene che in quel diritto l'individuo ha la posizione di obbietto. La teoria autoritaria tedesca, rappresentata particolarmente dal GERBER (Grundzüge des deutschen Staatsrechts 3ª ediz. Leipzig, 1880 pag. 45 e segg., 226 e segg.) e dal LABAND (op. cit. vol. I pag. 131) e in Italia accettata entro certi limiti dal ROMANO (La teoria dei diritti pubblici subbiettivi, pag. 47-8 dell'estratto), teoria che concepisce il suddito come obbietto del diritto di sovranità dello Stato, ha nell'HEILBORN un fortissimo critico (pag. 77-9); ma ciò non gl'impedisce di accoglierla nel campo internazionale. È perfettamente pensabile, egli dice (pag. 82), senza offesa alla logica, che lo stesso ente, che in un campo giuridico appare come subbietto, in un altro appaia invece come obbietto. Si tratta infatti di due diversi rapporti giuridici, di cui l'uno intercede fra lo Stato e i cittadini, mentre l'altro fra lo Stato e gli altri Stati; aventi per contenuto il primo la pretesa

nell'altro che solo la volontà dello Stato può imperare su di lui; quindi ancora per tutti i rapporti di diritto pubblico o privato, in cui l'individuo è interessato, il magistrato competente a deciderne non potrà obbedire che alla volontà del proprio Stato ossia non potrà che applicare il diritto dello Stato stesso, non mai il diritto internazionale, il quale del resto agendo soltanto nei reciproci rapporti degli Stati è per sua natura privo di forza determinante per il fondamento e per lo svolgersi del rapporto processuale (1). In altri termini il diritto oggettivo, alla cui tutela è ordinata la giurisdizione, non può essere che quello posto dallo Stato; e la giu-

dello Stato verso i suoi sudditi rivolta all'ubbidienza, il secondo la pretesa dello Stato verso gli altri Stati rivolta all'omissione di ogni azione sui sudditi stessi. E questi due diversi rapporti hanno il loro fondamento in due diverse specie di norme giuridiche, le statuali e le internazionali. Certo, osserva infine l'A., la figurazione dell'uomo come oggetto nei rapporti giuridici internazionali non suona molto lusinghiera per la perla della creazione! Ma non può essere altrimenti e l'uomo non diventa per ciò da meno. Il diritto non è scopo a se stesso; esso deve proteggere gli uomini, i loro beni ed interessi: basta che questo scopo venga raggiunto, la forma per raggiungerlo è cosa del tutto accessoria. Ora a tale scopo appunto serve in alto grado il diritto internazionale, ma soltanto nella forma che ad esso è propria (pag. 138).

(1) Cfr. IELLINEK, System pag. 314 e TRIEPEL op. cit. pag. 438-9.

risdizione in conseguenza non può condurre che alla tutela delle facoltà soggettive, che a quel diritto sono conformi.

In fatto, posto bene in chiaro che le norme giuridiche interne, pur avendo un contenuto internazionale, per la fonte da cui emanano e per i rapporti che governano si differenziano radicalmente dalle norme giuridiche internazionali (¹), non è difficile dimostrare come quella che si presenta quale applicazione di diritto internazionale non sia altro in sostanza che applicazione di diritto interno in materia internazionale (²). Certamente prestando a quest' ultimo

(¹) Questa differenza è stata largamente dimostrata sopra gli altri dal TRIEPEL, op. cit. pag. 11 e segg. 111 e segg.

(²) La dimostrazione sarebbe subito data e coi caratteri della maggiore generalità se potesse ammettersi che il diritto internazionale in tanto è diritto positivo in quanto si pone come diritto statuale e che le norme di diritto internazionale in tanto sono norme giuridiche in quanto fanno parte del diritto interno dei singoli Stati, siano esse contenute in trattati ovvero in leggi o consuetudini. Questa teoria, che è stata sostenuta da parecchi scrittori tedeschi (vedine l' indicazione in TRIEPEL op. cit. pag. 114 note, aggiungendo A. ZORN, op. cit. pag. 6-9 e 300) ed anche inglesi, nella forma speciale che abbiamo sopra riscontrata, renderebbe impossibile un'applicazione di diritto internazionale che non fosse formalmente un' applicazione di diritto interno; ma la semplificazione del nostro problema non può farci accogliere un' idea, che almeno nella sua integrità crediamo errata (cfr. le critiche dell' ANZILOTTI, op. cit. pag. 32-6 e 72-4).

la sua tutela la giurisdizione appare quale attiva cooperatrice all' interno dello Stato dell' osservanza del diritto internazionale, ma formalmente essa presta la tutela che è propria della sua funzione al diritto interno e non al diritto internazionale, alla stessa guisa che dal diritto interno e non dal diritto internazionale, che può considerarsi come fonte remota o materiale, derivano formalmente le pretese soggettive individuali.

2. — Cominciando dal diritto internazionale convenzionale ricordiamo come la dottrina moderna sia quasi unanime nel ritenere che i trattati per loro natura non hanno effetti giuridici all' interno e non impegnano i pubblici funzionari e i semplici cittadini, se non interviene un ordine d' esecuzione da parte dello Stato. I trattati non obbligano che le parti contraenti, quindi soltanto gli Stati e non i loro sudditi; in ogni caso essi non creano che dei diritti e dei doveri internazionali, non mai delle regole di diritto interno. I pubblici funzionari e i sudditi sono vincolati soltanto dall' ordine del loro governo e però sono tenuti ad osservare le massime adottate in un trattato non in virtù di questo, ma semplicemente in virtù dell' ordine dello Stato che ne impone il rispetto ([1]). Soltanto quando

([1]) Questa teoria è mirabilmente esposta dal LABAND, op. cit. ediz. fr. vol. II, pag. 436 e segg. A pag. 484 in nota

quest' ordine è emanato nelle forme costituzionali, accanto ai diritti e doveri internazionali degli Stati possono dirsi sorte delle pretese individuali di natura giuridica puramente statuale e però suscettibili di tutela da parte dell' autorità giudiziaria, la quale in proposito non esplica funzione diversa da quella che essa compie nel tutelare i diritti subbiettivi privati scaturenti in genere dal diritto territoriale.

Poichè la validità dei trattati internazionali dal punto di vista del diritto pubblico riposa non sulla loro conclusione, ma sull' ordine dello Stato di considerare il testo del trattato come una disposizione imperativa ([1]), l' autorità giudiziaria prima di farne applicazione deve provare la validità costituzionale di quella tra le due forme tipiche di manifestazione della volontà dello Stato nei rapporti interni, cioè la legge e l' ordinanza, che sia stata adottata dallo Stato per dare ese-

1 sono ricordati i numerosi scrittori tedeschi che si pronunciano nello stesso senso. Vedi anche TRIEPEL, op. cit. pag. 115-125, 390 n. 1 e 416 n. 1. Alla teoria contraria s' ispirano invece generalmente gli scrittori americani, i quali in tal modo spiegano l' art. 6 sez. 2.ª della Costituzione, per cui i trattati conclusi sotto l' autorità degli Stati Uniti devono essere *the supreme law of the land* (KAUFMANN, op. cit. pag. 3-13, 25-7, 43-7); ma anche in America dalla pratica si ritiene prima necessario un atto del Congresso perchè dal trattato scaturisca un principio giuridico applicabile dai tribunali (TRIEPEL, op. cit. pag. 145-7).

([1]) LABAND, op. e vol. cit. pag. 484.

cuzione al trattato [1]. Se il trattato è stato approvato e dichiarato esecutivo con legge, il giudice di questa legge come di tutte le altre può giudicare la costituzionalità esteriore e in conseguenza rifiutare l'applicazione del trattato quando la legge d'approvazione manchi di alcuno degli elementi costituzionali della formazione della volontà dello Stato; ma in caso diverso da questo egli non ha alcun titolo per rifiutarsi a quella applicazione. Il trattato approvato dal potere legislativo ha lo stesso valore della legge e può avere lo stesso contenuto di quest'ultima; esso quindi è pienamente valido anche quando abbia derogato alle norme del diritto comune interno [2]. Se invece il trattato fu approvato e reso obbligatorio con atto del potere esecutivo, l'autorità giudiziaria può rispetto ad esso compiere lo stesso giudizio di costituzionalità che rispetto agli atti

[1] Cfr. TRIEPEL, op. cit. pag. 389-392. Circa i poteri dell'autorità giudiziaria nel giudicare della costituzionalità di trattati fra Stati stranieri vedi HOLTZENDORFF-RIVIER, op. cit. pag. 118.

[2] Vedi DEMANGEAT, Les dispositions des différents Codes ne peuvent-elles être modifiées que par une loi et non par un traité international? (*Journal*, 1874 pag. 107-111). Il VON BAR, op. cit. vol. I, pag. 145-6, dice che viceversa una legge più recente può prevalere su un trattato più antico, per quanto in caso di dubbio una legge debba essere interpretata in modo da lasciare inalterate le disposizioni del trattato precedentemente conchiuso.

del potere esecutivo in genere. Quindi dovrà rifiutare l'applicazione del trattato, che secondo la costituzione doveva essere approvato dal parlamento, mentre fu dichiarato esecutivo con semplice decreto del capo dello Stato; per esempio, data quest'ultima ipotesi si rifiuterà di applicare un trattato che abbia modificata alcuna norma della legislazione interna (1).

Il dire che i trattati per mezzo di una legge o di un decreto si trasformano in diritto dello Stato non serve tuttavia ad eliminare ogni questione circa la posizione del giudice in confronto ad essi. È stato giustamente osservato che per lo più l'applicazione del trattato come legge o decreto è impossibile senza contemporanea applicazione del trattato come accordo internazionale; e a maggior ragione si è detto che per essere il diritto territoriale convenzionale per le

(1) Così un semplice accordo fra Stati non potrebbe modificare rapporti giuridici stretti fra loro cittadini, togliendo a questi o modificando diritti subbiettivi acquisiti in base alle leggi interne. Cfr. in questo senso la interessante sent. 28 febbraio 1902 del Pretore del 3° Mand. di Roma in una delle cause, a cui dette origine l'amministrazione dell'Istituto di S. Girolamo. Vedi anche le osservazioni, alle quali dette luogo in proposito la sent. 28 febbraio 1899 della Cass. di Roma S. U. (*Foro it.* 1899, I, 259) nella famosa questione Cerruti: VACCHELLI, in *Giur. it.* 1899, I, 1, 332; FEDOZZI in *Riv. di dir. intern.* 1900 pag. 219-230; ANZILOTTI, op. cit. pag. 9 in nota.

parole e per il contenuto strettamente connesso col trattato, ogni interpretazione della legge è necessariamente una interpretazione del trattato [1]. Gli è che per quanto formalmente al giudice si presenti una pura volontà dello Stato, non si può dimenticare che in origine questa fu coordinata colla volontà di un altro o più altri Stati, non si può dimenticare che per mezzo del trattato lo Stato è internazionalmente obbligato verso l'altra parte contraente e che ogni interpretazione data dall'autorità giudiziaria non conforme alla volontà comune, che presiedette alla stipulazione, può rendere frustraneo l'obbligo internazionale dello Stato. Tutto ciò ha indotto frequentemente teoria e pratica a limitare nel giudice la libertà di fondare le sue decisioni sui trattati. In Francia per esempio, sotto l'influenza del principio della divisione dei poteri, si ritiene generalmente che i tribunali possano applicare ma non interpretare i trattati, facendosi eccezione soltanto per quelli che sono applicati nei processi d'interesse privato e in quanto viene in considerazione il loro contenuto di diritto privato [2]. Certo è che quanto alla potestà d'applicazione non può es-

[1] Cfr. TRIEPEL, op. cit. pag. 441.

[2] APPERT, De l'interprétation des traités diplomatiques au cours d'un procès (*Journal*, 1899, pag. 433-461). Quanto alla diversa dottrina e pratica degli altri paesi vedi KAUFMANN, op. cit. pag. 90-4 e TRIEPEL, op. cit. pag. 441-3.

servi dubbio [1]. Lo Stato in sè considerato è un ente astratto, che è incapace di agire se non per mezzo di organi; a questi dunque in genere e per necessità deve essere confidata l'esecuzione delle clausole di un trattato, che rappresentano la misura dell'obbligo assunto dallo Stato. La varia natura delle clausole convenzionali deve servire per distribuire fra i vari organi dello Stato la competenza per l'esecuzione del trattato, dovendosi abbandonare il criterio desunto dalla natura complessiva del trattato secondo la tradizionale divisione, seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, fra trattati politici e trattati giuridico-sociali. Quando un trattato contenga anche una sola disposizione, che crei a vantaggio di individui alcun diritto subbiettivo privato o pubblico, l'autorità giudiziaria per la natura stessa della sua funzione è competente a conoscerne, a qualunque fra le categorie tradizionali quel trattato appartenga; e questa competenza non deve ritenersi per nulla intralciata dal fatto che l'au-

[1] Alcune legislazioni contengono al riguardo una dichiarazione generale. Così il Cod. civ. di Berna al § 281: « In den Fällen, wo ein Rechtsverhältnis nach den besondern Bestimmungen bestehender Staatsverträge zu beurteilen ist,... sind die Gerichte auch auf diese Rechtsquellen verweisen ». E il Cod. civ. del cantone di Solothurn al § 9: « Die Gerichte haben sich in allen Fällen nach den Verträgen zu richten, die in Bezug auf burgerliche Angelegenheiten mit anderen Staaten bestehen ».

torità giudiziaria al solo scopo di determinare il diritto subbiettivo privato o pubblico delle parti o della parte in causa sia obbligata ad esaminare in via preliminare i rapporti di diritto internazionale stretti fra gli Stati contraenti [1].

Quanto all' interpretazione, almeno da un punto di vista teorico, la cosa si presenta diversa. In una organizzazione giuridica della società internazionale di tutte le questioni, che potessero sorgere in dipendenza di un trattato nei rapporti fra Stati contraenti o nei rapporti fra Stati contraenti e terzi Stati oppure privati individui, dovrebbe giudicare un potere giudiziario internazionale, la cui esistenza sarebbe necessariamente conseguente a quella di un potere legislativo internazionale. In mancanza di tale organo superiore l' autorità d' interpretare i trattati non può attualmente spettare che agli Stati stessi che li stipularono. Questa interpretazione autentica non può derivare che da un accordo suppletivo di volontà, che per essere efficace nel territorio delle due Parti contraenti deve essere trasformato per la nota via in diritto interno. Se le due Parti contraenti non possano o non credano sia il caso di addivenire ad un accordo supplementare, ciascuna di esse può emanare nelle forme legali delle

[1] Vedi in tal senso la pratica tedesca riferita dal TRIEPEL, op. cit. pag. 443.

norme interpretative aventi valore generale nel territorio. All'infuori di questi due casi i dubbi d'interpretazione, che sorgono in un processo davanti l'autorità giudiziaria, dovranno essere eliminati da quest'ultima avuto riguardo e limitatamente alla fattispecie in esame. A rigore di logica il potere di applicare implica infatti anche quello di interpretare, in quanto l'applicazione possa dirsi impossibile senza preventiva interpretazione [1]. Che se l'interpretazione fosse stata fatta con accordo supplementare o con un semplice atto dello Stato, il giudice dovrebbe pur sempre potere interpretare quell'accordo o quell'atto; di guisa che in un modo più o meno diretto sempre di necessità il giudice, applicando quello che a lui si presenta come diritto territoriale, viene a prendere in esame la comune volontà degli Stati contraenti. Questa d'altra parte rimane col trattato obbiettivata in norme giuridiche, che assumono almeno fino a un certo punto un valore indipendente dalla loro origine, dalla quale l'autorità giudiziaria può anche prescindere, scevra com'è di responsabilità internazionale. Certo una giurisprudenza, che quelle norme

[1] Sul principio che ogni norma ha bisogno d'interpretazione e sul conseguente assurdo del broccardo *in claris non fit interpretatio* cfr. Wach, op. cit. vol. I, pag. 268 e Simoncelli, Lezioni di dir. giudiz. dettate nella R. Università di Roma l'anno 1902-903, pag. 72-4.

interpreti costantemente in un certo senso, può costituire una vera e propria lesione del trattato; [1] ma spetterà allora allo Stato salvaguardare la sua responsabilità internazionale prendendo quelle misure d'indole generale, alle quali sopra accennammo [2].

Posta la facolà interpretativa del magistrato, non v'ha dubbio che essa debba esplicarsi nello stesso modo e in base alle stesse norme, che valgono per l'interpretazione del diritto interno di natura non convenzionale. Così non pare possa dubitarsi che alla natura dei trattati non siano ripugnanti l'interpretazione estensiva e l'analogica. L'opinione contraria, che trova nella dottrina e nella giurisprudenza largo seguito [3], muove

[1] È questione assai discussa se lo Stato sia internazionalmente responsabile per l'interpretazione data ad un trattato dalla sua magistratura. L'opinione negativa, che sembra prevalente, non è a mio credere del tutto persuasiva, almeno nel senso generale che le si vuol dare. Cfr. DIENA, Se e in quale misura il diritto interno ecc. pag. 66 e i richiami ivi fatti nella n. 2. Vedi anche KAUFMANN, op. cit. pag. 109-112, dove la questione è trattata in modo più generale avuto riguardo all'opinione dell'A. che i giudici possano applicare il diritto internazionale come tale.

[2] In Italia, in virtù dell'art. 1° n.° 5 del R. D. 14 novembre 1901 n.° 466 sulle attribuzioni del Consiglio dei ministri, a questo devono venire sottoposte le questioni d'interpretazione dei trattati egualmente che tutte le questioni internazionali in genere, che impegnano la responsabilità del nostro verso gli altri Stati.

[3] Nella nostra dottrina vedi il GIANZANA op. cit. vol. I, p. II^a,

dal falso concetto che il trattato rappresenti sempre, come *lex specialis*, una deroga al diritto comune. Osserviamo intanto come, anche se vero, tale concetto non giustifichi affatto l'esclusione dell'interpretazione estensiva, la quale, consistendo in fondo nel determinare la vera portata di una norma ossia i limiti della sua applicabilità, può ben trovar luogo anche a proposito di una legge eccezionale. Se il trattato dovesse in ogni caso considerarsi come *lex specialis*, la sola conseguenza logica sarebbe quella di escludere la interpretazione per analogia, che è ben diversa da quella estensiva [1]; ma ciò va in massima escluso dopo quanto è stato detto circa i rapporti fra diritto convenzionale e diritto puramente interno. Il vero è che il giudice anche nel campo del primo diritto come in quello del secondo, senza che gli si presenti essenziale un confronto fra i due, deve esaminare se si tratti di una norma eccezionale in guisa da rendere applicabile al

pag. 232 e il MATTIROLO op. cit. vol. VI, n.° 1180. Molta giurisprudenza, particolarmente francese, è riferita nella *Rev. prat. de droit intern. privé* 1990-91 pag. 66 in nota alla sent. 3 luglio 1888 della Corte di app. di Digione, che aveva ritenuto di potere applicare per analogia alla liquidazione della comunione legale fra coniugi l'art. 2 della convenzione franco-austriaca dell'11 dicembre 1866, che determina la competenza per le azioni relative alle successioni mobiliari.

[1] FADDA e BENSA, Note alle Pandette del WINDSCHEID vol. I pag. 143.

caso il principio contenuto nell' art. 4 disp. prel. del nostro Codice civile. [1]

3. — L' applicazione del diritto internazionale nei tribunali presenta il lato suo più contestabile ed intricato quando si tratta del diritto consuetudinario. La consuetudine internazionale risulta dall' accordo tacito delle volontà degli Stati, donde pure emana una volontà comune superiore che s' impone con forza obbligatoria a tutti gli Stati. Varie possono essere le forme di manifestazione delle singole volontà statuali, che concorrono alla formazione di una consuetudine internazionale; ma comunque questa risulta da elementi nazionali, che all' interno dei singoli Stati rappresentano altrettante distinte formazioni giuridiche [2]. Queste distinte formazioni giuridiche poi possono consistere in diritto scritto o in diritto consuetudinario. [3] Se

[1] Non saprei neppure ammettere, come vuole per es. il LA LOGGIA, La esecuzione delle sentenze straniere, Torino 1902 pag. 98, che nel campo del diritto convenzionale l'analogia richieda parsimonia e prudenza maggiori che non nel campo del diritto puramente interno.

[2] In questo senso giustamente il BERNER: « Jeder einzelne Staat hat sein inneres Staatsrecht und sein aüsseres Staatsrecht, und dies aüssere Staatsrecht ist ein Stück des Völkerrechts. » (Staatswörterbüch di BLUNTSCHLI e BRATER, XI pag. 78; citato da TRIEPEL, op. cit. pag. 131).

[3] Vedi in TRIEPEL, op. cit. pag. 387-8 quanta parte spetti alla consuetudine interna come elemento della consuetudine internazionale.

si tratta di diritto scritto l'autorità giudiziaria è senz'altro obbligata ad applicarlo e per quanto essa con questa applicazione concorra entro il territorio dello Stato all'attuazione della consuetudine internazionale, da questa può del tutto prescindere. Egualmente quando l'elemento nazionale della consuetudine internazionale è rappresentato da una consuetudine giuridica interna, il giudice applicherà questa come fonte di diritto interno, essendo per lui irrilevante che tale fonte coincida nella sostanza con quella di Stati stranieri e sia così elemento costitutivo di una più ampia consuetudine giuridica.

Applicando una consuetudine internazionale per se stessa il giudice non potrebbe dirsi sicuro di ottemperare alla volontà del proprio Stato; per avere questa sicurezza egli deve accertarsi che il proprio Stato sia concorso in quella formazione tacita di volontà comune, che dette origine alla consuetudine. Tale ricerca è indispensabile data la impossibilità, sopra dimostrata, che il giudice abbia altra funzione che quella di tutelare il diritto obbiettivo del proprio Stato. Quando dunque un principio giuridico consacrato in una consuetudine internazionale non trova riscontro in alcuna legge dello Stato, il giudice non può procedere alla sua applicazione se non si sia preventivamente accertato che esso fa anche parte del diritto consuetudinario vigente nello

Stato [1]. A questo punto la questione del valore e dell'applicabilità nello Stato del diritto internazionale si trasforma nell'altra dell'esistenza della consuetudine come fonte di diritto obbiettivo nell'interno dello Stato; questione quest'ultima, la quale evidentemente non può essere risoluta in termini generali, ma secondo l'ordinamento giuridico dei diversi Stati.

La cosa è abbastanza semplice in Inghilterra. Ivi la formula *international law is a part of the common law* deve venire illustrata ricordando che cosa veramente sia questa *common law*, come sorga e da che cosa attinga la sua forza. Tutto ciò a dir vero condurrebbe direttamente a riprodurre le ponderose discussioni sul diritto consuetudinario in genere e su quello inglese in particolare. Ma ai nostri scopi possiamo prescinderne. Debba del diritto consuetudinario inglese ricercarsi la fonte nella convinzione popolare e nella sentenza giudiziaria soltanto un mezzo per conoscere la formazione giuridica già prima esistente e da essa indipendente, abbia invece la sentenza del giudice l'efficacia come *improper legislation* di creare nuovo diritto *(judiciary law* e *judge-made law)*, certo è che il di-

[1] Può essere in proposito istruttivo riscontrare quanto scrive lo SCHMIDT, op. cit. pag. 118-9 circa l'esenzione dalla giurisdizione dei tribunali tedeschi degli Stati stranieri e dei loro sovrani.

ritto internazionale in tanto può intendersi incluso nella *common law* in quanto la stessa fonte giuridica interna che produce quest' ultima se l' è appropriato facendone diritto territoriale: *international law is adopted by the common law* (¹). Ne risulta che non tutto il diritto internazionale *in its full extent* fa parte della *common law*, ma soltanto quello che è diventato diritto interno in forza di una creazione giuridica nazionale; e che quindi in tale ultima ipotesi il giudice non applica una consuetudine internazionale, ma una consuetudine interna, o — che fa lo stesso — applica la prima solo perchè si è trasformata nella seconda.

Il tenore della formula inglese farebbe credere alla costante precedenza della consuetudine internazionale a quella interna sullo stesso punto di diritto. Ciò evidentemente è impossibile in termini generali per quanto sopra abbiamo detto; è possibile anzi solo per eccezione, rispetto a Stati di recente formazione o a Stati dotati in origine di un ordinamento giuridico isolato e particolare, che a mano a mano si appropriano le creazioni giuridiche già esistenti nella grande società internazionale. La formula inglese non può dunque avere altro significato che quello di indicare che una consuetudine internazionale è

(¹) Cfr. TRIEPEL, op. cit. pag. 148-150.

applicabile dai magistrati inglesi soltanto quando essa è anche consuetudine giuridica in Inghilterra. Evidentemente la stessa forza genetica della *common law* in genere deve poter produrre, come in fatto produce, delle consuetudini giuridiche di contenuto internazionale, che siano atte ad essere elementi di una consuetudine veramente internazionale. Piuttosto non è inopportuno notare che, data la forza produttrice o quasi produttrice di diritto della giurisprudenza inglese, questa per dare consacrazione giuridica territoriale ad una consuetudine internazionale deve per la prima volta — prima che la consuetudine interna sia formata e all'effetto anzi di formarla — applicare la consuetudine internazionale stessa. Ma bisogna intendere quest'applicazione, il cui intimo significato discorda dalle apparenze. Il giudice inglese, quasi come delegatario del potere legislativo dello Stato, forma la consuetudine sulla base della sua conoscenza oppure, secondo l'opinione più temperata influenzata dalla scuola storica, riconosce l'esistenza di una consuetudine allo stato potenziale nella coscienza del popolo; questo lavoro più o meno intenso precede necessariamente la decisione del caso concreto, al quale per ciò viene applicata non la consuetudine internazionale, ma quella interna già stabilita, a cui la prima fornì il modello e l'ispirazione.

Nei nostri paesi, dove la consuetudine non ha

così larga parte come nell' ordinamento giuridico inglese, dove anzi essa perde sempre più terreno di fronte al diritto scritto, è naturalmente assai più difficile che una consuetudine interna sia elemento di una consuetudine internazionale o che questa fornisca la materia per una consuetudine interna e più rari sono quindi i casi che superficialmente appaiono come casi di applicazione di consuetudine internazionale. Prendiamo come esempio l' Italia, dove appunto l' assoluta prevalenza di titolo nella legge in confronto della consuetudine è incontrastata e consentanea al nostro assetto e al nostro spirito giuridico. È essenziale al riguardo far distinzione fra il campo del diritto privato e quello del diritto pubblico. Nel primo il diritto consuetudinario ha vigore soltanto per quei rapporti, in ordine ai quali esso non fu espressamente o tacitamente abrogato da leggi posteriori, oppure quando ad esso la legge espressamente si riferisca in modo generale, come nell' art. 1.° del Codice di commercio, o particolare, come in varî articoli del Codice civile. È del tutto inammissibile la consuetudine *contra legem* e quella abrogativa; ammissibile la consuetudine *praeter legem* soltanto in quanto, supplendo o interpretando il diritto scritto senza che questo vi si riferisca, è conforme allo spirito della legge e al sistema giuridico vigente in guisa da essere non fonte speciale di diritto, ma mezzo

autorevolissimo per intenderlo ed applicarlo rettamente [1]. Ora, poichè la codificazione del nostro diritto internazionale privato ha tolto vigore a tutte le consuetudini prima esistenti nella materia, il nostro ordinamento giuridico nè può concorrere con elementi consuetudinarî nazionali alla formazione di una consuetudine internazionale in materia di diritto internazionale privato, nè una tale consuetudine già esistente ad opera degli altri Stati può nazionalizzare per mezzo di una consuetudine interna. Di questa impossibilità esiste una ragione intima nella natura speciale delle norme di diritto intenzionale privato. Queste infatti per la loro gran parte sono norme di conflitto, determinano cioè la legge applicabile fra più concorrenti ad un dato rapporto giuridico; e tale determinazione, ben raramente rimessa alla autonomia delle parti, è il più spesso, come deve essere, il frutto della volontà dello Stato. In tale condizione di cose è quasi sempre inammissibile che una consuetudine di diritto internazionale privato venga formata con atti a tal scopo efficienti posti in essere da privati individui; essa deve trarre origine da una pratica giudiziaria. Ma poichè i nostri giudici, ben lungi dall'avere il potere creativo di diritto che hanno i giudici

[1] Vedi FADDA e BENSA, Note alle Pandette del WINDSCHEID vol. I, pag. 112-117.

inglesi, non possono che applicare il diritto esistente, è chiaro che presso di noi è estremamente difficile che si formi una consuetudine di diritto internazionale privato e che quindi una consuetudine internazionale su tale materia venga nazionalizzata altrimenti che per legge.

Anche in Italia la consuetudine come fonte di diritto ha invece grande importanza ed estensione nel campo del diritto pubblico in genere e specialmente in quello del diritto pubblico esterno, di quel diritto cioè che determina la linea di condotta dello Stato nei suoi rapporti cogli Stati stranieri. In quest' ultimo campo la grande estensione che generalmente hanno i varî diritti consuetudinarî interni corrisponde a quella del diritto consuetudinario internazionale, che al solito riconosce in essi i suoi elementi costitutivi (1). È no-

(1) Parlando del valore, che ha la consuetudine nel campo del diritto pubblico, bisogna escludere per noi e per quasi tutti gli Stati civili il campo del diritto penale. Può esservi una consuetudine internazionale di carattere penale, che obblighi gli Stati a punire certi fatti generalmente riconosciuti dannosi agl' interessi e al regolare andamento della società internazionale; ma tale consuetudine non può derivare che da un complesso di leggi punitive interne, non mai da consuetudini interne. Essa, come tutto il diritto internazionale, non tocca gl' individui, i quali per i fatti che la consuetudine internazionale impone agli Stati di considerare come reati non potranno essere puniti che in base ad una precisa disposizione di diritto interno. (Di questo concetto si è valso il TRIEPEL per combattere la figura tradi-

tevole tuttavia come la parte generale, costante e ben fissata della consuetudine internazionale sia più ristretta di quella delle varie consuetudini interne ond'essa si compone, di guisa che queste

zionale dei delitti internazionali: op. cit. pag. 329-333 con numerosi richiami dottrinali nelle note. Nello stesso senso presso di noi ANZILOTTI in *Riv. di dir. intern.* 1902 pag. 8-43).

A proposito della consuetudine penale internazionale, bisogna bene notarne i caratteri essenziali per non avere a confonderla con altra, che ha soltanto influenza sull'esercizio della giurisdizione penale. Ogni norma di diritto penale ha per necessario presupposto l'esistenza di una norma di diritto obbiettivo privato o pubblico, che riconosce un qualche diritto subbiettivo individuale, alla cui tutela appunto quella norma penale è diretta. Analogamente vi sono delle norme di diritto pubblico, politico e amministrativo, che influenzano — arrestando o modificando — l'esercizio dell'azione penale: tali per es. in Italia le norme sulla immunità regia, sulle immunità e guarentigie dei deputati e senatori, sulla guarentigia amministrativa dei prefetti e dei sindaci. Nel campo del diritto pubblico esterno norme di tale natura assai più spesso che scritte, come nel campo del diritto pubblico interno, sono consuetudinarie: tale per es. la norma che vuole sottratti gli agenti diplomatici ad ogni sanzione penale per i reati comuni da loro commessi nel territorio dello Stato, dove esercitano la loro missione. In questo senso esiste appunto una consuetudine internazionale, alla quale fanno riscontro tante consuetudini interne aventi lo stesso contenuto; evidentemente nè la prima nè le seconde possono dirsi consuetudini penali allo stesso modo che non possono dirsi consuetudini processuali le consuetudini interne, che per motivi d'indole internazionale arrestano o modificano l'esercizio della giurisdizione civile in rapporto a certe persone, e la consuetudine internazionale che da tali componenti nazionali risulta.

ultime pur raccogliendo in sè quella parte generale e costante, che è la sostanza della consuetudine internazionale, si differenziano notevolmente fra di loro quanto ai dettagli e alle particolarità. Il migliore esempio può esser dato dalla materia dei privilegi degli agenti diplomatici, che fra quelle del diritto internazionale pubblico è una delle più antiche e più giuridicamente elaborate: su di essa appunto esiste un complesso di principî giuridici consuetudinarî universalmente accettati e per tutti gli Stati obbligatorî, ma ciascuno Stato poi applica tali principî con particolarità che gli sono proprie. Ora è per noi certo che il giudice deve ricercare nel diritto interno la fonte diretta ed immediata delle norme che regolano la condizione degli agenti diplomatici, qualunque sia la forma (legge o consuetudine) in cui quel diritto interno si manifesta [1]; onde in mancanza di una legge il giudice deve applicare la consuetudine di diritto pubblico esterno che ha vigore nel proprio Stato, deve applicarla anche in quelle sue particolarità che non trovano riscontro nella consuetudine internazionale, deve applicarla anche se contraria alla consuetudine internazionale.

Se il giudice non trova esistente nel suo Stato

[1] Cfr. JELLINEK, System pag. 212 e segg. e SCHMIDT, op. cit. pag. 117. In contrario HOLTZENDORFF in HOLTZENDORFF-RIVIER, op. cit. pag. 117-8.

una consuetudine, che corrisponda alla consuetudine internazionale, egli non può ricorrere a quest' ultima neppure sotto la specie di principî generali di diritto, che come avremo meglio occasione di dimostrare in seguito sono soltanto i principî del diritto positivo vigente nello Stato. Se lo Stato del giudice non ha concorso mediante una propria consuetudine alla formazione di quella internazionale, questa non può essere introdotta nel territorio che ad opera dello Stato stesso per mezzo di atti di governo ripetuti e costanti posti in essere colla coscienza di fare cosa dovuta, di ottemperare cioè all' obbligo internazionale derivante dalla consuetudine internazionale. Quest' obbligo s' impone allo Stato in astratto, non al giudice, il quale secondo almeno l' ordinamento giuridico dei nostri paesi continentali non ha il potere di dar vita neppure ad una consuetudine di diritto pubblico esterno, per quanto colle sue sentenze egli concorra indubbiamente a favorirne lo sviluppo e a precisarne il contenuto giuridico ([1]).

([1]) In uno Stato di nuova formazione i magistrati ben possono sentirsi autorizzati ad applicare dei principî universalmente riconosciuti di diritto internazionale consuetudinario come quello relativo alle immunità diplomatiche; ma non occorre una sottile analisi per dimostrare come tale applicazione muova dall' esatto convincimento che per essa si ottemperi alla volontà dello Stato e per ciò stesso ad una norma interna. Lo Stato che entra a par parte *ex*

Non è difficile dimostrare che applicazione vera e propria di una consuetudine internazionale non si ha neppure quando lo Stato, anzichè porre delle norme precise e complete in materia internazionale, usi un procedimento per dir così economico rinviando senz' altro il regolamento di dati rapporti al diritto internazionale [1]. In vero questo richiamo opera una trasformazione giuridica, dando origine a un diritto interno conforme al diritto internazionale. L' azione della fonte giuridica statuale fa sì che il giudice, il quale obbedendo ad una precisa disposizione della propria legge applica il diritto internazionale, altro in sostanza non faccia che applicare diritto interno.

novo della convivenza internazionale deve avere ed ha nenessariamente la volontà di accettare le norme fondamentali di quella convivenza; così deve intendersi che per il regolamento delle immunità diplomatiche, secondo l' esempio fatto, esso implicitamente ma non meno necessariamente voglia il rinvio al diritto internazionale in genere. E questo rinvio non può avere per sè un significato diverso dall'altro, che talora vien fatto in forma espressa e di cui ci occupiamo nel testo. Cfr., per quanto non si possa essere disposti ad accettare in tutto il suo ragionamento, il MICELI, Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale, Palermo 1904, pag. 146.

(1) Molti di questi casi, in cui il legislatore non fa che parafrasare le conseguenze giuridiche, che vuol ricollegare ad una fattispecie di significato internazionale, sono ricordati dal TRIEPEL op. cit. pag. 227-8.

Le considerazioni sin qui svolte, se tendono a dimostrare l'impossibilità che il giudice applichi il diritto internazionale come tale, non tolgono affatto che questo diritto abbia per se stesso di fronte al giudice una posizione rilevante. Importanza notevole esso ha anzitutto nella interpretazione del diritto interno di contenuto internazionale. È ben vero che nella opposizione irriducibile fra un principio di diritto interno e uno di diritto internazionale il giudice ossequente alla volontà del proprio Stato deve dare la prevalenza al primo; ma è pur vero che all'infuori di tali casi eccezionali deve valere la logica presunzione della conformità dell'uno all'altro diritto. Ed allora la conoscenza del principio internazionale illuminerà il giudice nell'applicazione del principio di diritto interno (1).

L'esistenza e il contenuto di norme giuridiche territoriali sono per così notevole estensione subordinati all'esistenza e al contenuto di norme giuridiche internazionali, che senza aver prima accertate queste ultime le prime non possono apparire ben determinate (2). E così spesso il diritto interno si avvale di idee e di principî ela-

(1) Cfr. TRIEPEL, op. cit. pag. 398-400.

(2) Per tal modo una questione di diritto internazionale può apparire pregiudiziale di fronte ad un'altra di diritto interno: vedi sopra a pag. 380 e ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 76.

borati dal diritto internazionale, che il primo si presenta in molti casi di impossibile applicazione senza la relativa considerazione del secondo. [1]

4. — Le conclusioni alle quali siamo giunti in questa parte del nostro svolgimento ci autorizzano a risolvere principalmente con un rinvio la questione dell'obbligo che ha il giudice di conoscere il diritto internazionale e dei mezzi necessari perchè egli arrivi a conoscerlo. Avendo dimostrato che in ogni caso l'applicazione del diritto internazionale si converte in applicazione di diritto interno, quella questione non presenta qui alcunchè di speciale. Il giudice, che è obbligato a conoscere tutto il diritto interno del proprio Stato, deve evidentemente conoscere anche tutto il diritto convenzionale, che vale per lo Stato stesso. La questione della conoscenza dei trattati vigenti fra Stati stranieri si compenetra nell'altra della conoscenza del diritto straniero, di cui avremo in seguito a parlare [2]. Analogamente la questione

[1] Cfr. TRIEPEL op. cit. pag. 226-7 e 251-2.

[2] L'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Amburgo del 1891 emise un voto per la formazione di una Unione internazionale allo scopo di pubblicare e far conoscere prontamente ed esattamente tutte le convenzioni stipulate dagli Stati aderenti; e nella sessione di Ginevra del 1892 su rapporto del de Martens discusse ed approvò al riguardo un *avant-projet* di convenzioue e un *avant-projet* di regolamento per la sua esecuzione, i quali furono comunicati al governo svizzero, che si era dichiarato disposto a

della conoscenza e della prova di una consuetudine di diritto pubblico esterno dello Stato del giudice o di uno Stato straniero si compenetra nell' altra, di cui pure in seguito, della conoscenza e della prova di una consuetudine in genere, nazionale o straniera. In un sol caso il giudice si troverà nella necessità di raggiungere la prova del contenuto di una vera consuetudine internazionale; e ciò avverrà quando, richiamandosi genericamente a questa, il legislatore abbia voluto che le sue disposizioni servissero direttamente di stregua per il regolamento di dati rapporti giuridici. Ma anche in tal caso nulla consiglia a seguire criteri diversi da quelli che valgono per la consuetudine in genere, data la nostra dimostrazione che la consuetudine internazionale richiamata espressamente dal legislatore rimane con ciò stesso nazionalizzata (1).

prendere l' iniziativa delle trattative diplomatiche per la creazione della nuova Unione (*Annuaire* XII, pag. 234-256). Una Conferenza riunita a Berna dal 25 settembre al 3 ottobre 1894 non prese alcuna decisione per mancanza nella maggior parte dei delegati dei necessari poteri. Si noti che tanto secondo l' *avant-projet* di convenzione elaborato dall' Istituto quanto secondo il programma sottoposto dalla Svizzera ai vari governi la pubblicazione di un atto avente forza obbligatoria nella raccolta internazionale dei trattati fatta dal *bureau* di Berna avrebbe dovuto far prova davanti ai tribunali degli Stati contraenti. Per maggiori dettagli vedi Meili, Das intern. Civilprocessrecht vol. I, pag. 164-174.

(1) Il Triepel afferma (pag. 443) che in Inghilterra e

I precedenti di giurisprudenza, che per noi non hanno l'efficacia di dar vita alla consuetudine, hanno sempre massima importanza per accertarne l'esistenza nello Stato. A ciò possono concorrere anche atti di governo, quale per es. la circolare 21 gennaio 1865 del nostro Min. di

negli Stati Uniti il principio *jura novit curia* vale anche per il diritto internazionale; ma dichiara (pag. 444) che la questione è grandemente disputabile negli Stati, nei quali la legge processuale contiene disposizioni precise sul dovere di conoscenza del tribunale senza accennare in esse al diritto internazionale, come è appunto nell' impero germanico per il § 265 C. P. O. del 1877 (corrispondente al § 293 del C. P. O. del 1898). Ed interpretando quest' ultima disposizione ritiene (pag. 445) che il giudice non abbia obbligo di conoscere il diritto internazionale consuetudinario, dal momento che egli non ha obbligo di conoscere il diritto consuetudinario vigente nello Stato; e conclude, appoggiandosi all' autorità del Wach (op. cit. pag. 207), che a richiesta bisogna dimostrare al giudice il cosiddetto diritto internazionale generale in quanto il giudice non si assuma una propria indagine in considerazione dei doveri della sua posizione ufficiale. Al contrario l' HOLTZENDORFF ritiene che il giudice, mentre può imporre alla parte in causa la prova degli usi stranieri, deve da sè coi numerosi mezzi che ha a sua disposizione acquistare conoscenza degli usi internazionali (HOLTZENDORFF-RIVIER, op. cit. pag. 93-4). Può essere in proposito interessante la disposizione contenuta nel § 9 capov. del Cod. civ. del cantone svizzero di Solothurn: « Wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Vertrag in Kraft sei, oder ob ohne ausdrücklichen Vertrag über gewisse Rechtsverhältnisse der Bürger eines anderen Staates bestimmte Uebungen bestehen, so entscheidet darüber der Regierungsrat ».

G. e G. d'accordo con quello degli affari esteri sui delitti commessi a bordo di navi mercantili straniere in acque territoriali italiane. (1)

Le nostre stesse conclusioni semplificano altresì il quesito se si possa ricorrere in Cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale. Se il ricorso si riferisce a un trattato obbligatorio per lo Stato del giudice, la questione non presenta nulla di speciale rispetto al ricorso normale per violazione o falsa applicazione di una legge nazionale (2); se si riferisce invece a un trattato fra Stati stranieri, la questione si converte nell'altra, che presto discuteremo, sulla ammissibilità del ricorso per violazione o falsa applicazione del diritto straniero. Se il ricorso formalmente riflette un principio di diritto internazionale consuetudinario, la questione, per la soluzione da noi precedentemente adottata, si converte di regola nell'altra

(1) ESPERSON, Diritto diplom. e giurisdiz. intern. marittima vol. II parte 2ª pag. 190-1.

(2) Un' esplicita disposizione si ha al riguardo in Svizzera, dove la costituzione federale del 28 maggio 1874 art. 113 n.° 3 e la legge federale sulla organizzazione giudiziaria del 22 marzo 1893 art. 59 (*Ann. de lég. étr.* 1894 pag. 465) dichiarano che il tribunale federale è competente per il ricorso — il cosiddetto ricorso di diritto pubblico — presentato da privati contro decisioni o provvedimenti di autorità cantonali a causa di violazione dei trattati che legano la Svizzera cogli altri Stati. Vedi KAUFMANN, op. cit. pag. 91-3 e BARTIN, op. cit. pag. 151.

della ammissibilità del ricorso per violazione o falsa applicazione di una consuetudine interna.

Nei casi in cui per riconosciuta volontà del suo Stato, comunque essa appaia manifesta, il giudice abbia veramente applicata una consuetudine internazionale come tale, io credo che il ricorso sia ammissibile [1] per la stessa ragione per cui credo ammissibile il ricorso per violazione o falsa applicazione del diritto straniero. Al giudice di merito infatti quell'applicazione fu possibile solo in quanto la ritenne ordinata dal suo Stato; ed essendo così in realtà, il principio di diritto consuetudinario internazionale deve ai nostri effetti considerarsi come parte del diritto posto dallo Stato stesso.

4. — Nel trattare qui dell'interpretazione delle leggi interne di contenuto internazionale muovo dal concetto generale che le regole d'interpretazione non soltanto appartengono al diritto pubblico [2], ma hanno una straordinaria somiglianza colle norme di diritto processuale. Esse infatti

[1] Vedi in questo senso la pratica tedesca in TRIEPEL, op. cit. pag. 446 e n. 3 ivi. In Svizzera il ricorso di diritto pubblico al tribunale federale non è ammissibile per violazione di principî generali di diritto internazionale: cfr. KAUFMANN, op. cit. pag. 92 e nota 2 ivi.

[2] Cfr. SCIALOJA, Sulla teoria della interpretazione delle leggi (estratto dalla parte III del volume in onore di F. SCHUPFER).

non determinano, come le disposizioni di diritto materiale, che mediante la comparsa di certi fatti deve cominciare o finire un diritto subbiettivo dei singoli; ma si rivolgono esclusivamente al giudice dandogli norme per la sua condotta nella decisione di controversie giuridiche, per la sua attività nel processo (1). La poca considerazione, che in generale trova questo lato, che pure è il più importante, delle regole d'interpretazione, deriva forse dal fatto che queste, nonostante trovino applicazione nel processo, sono quasi costantemente trattate nel diritto materiale. L'esempio autorevole dato dal Wach nello svolgimento del diritto processuale tedesco (2) merita di essere seguito, sotto l'impulso delle stesse ragioni giustificatrici, anche nel campo del diritto internazionale, nel quale trovano bensì

(1) DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1897 pag. 3. Giustamente il Danz ritiene che siano disposizioni di diritto materiale le regole d'interpretazione dei negozi giuridici (pag. 86); onde al campo del diritto internazionale privato e non al nostro devono ascriversi le regole d'interpretazione dei negozi giuridici, in cui entri qualche elemento d'internazionalità.

(2) Della interpretazione della legge (con speciali applicazioni al diritto processuale) parla il WACH in op. cit., §§ 20-23 pag. 254-305. Lo stesso, prima di lui, aveva fatto il VOM CANSTEIN, Lehrbuch des oesterreichischen Civilprozesrechtes, vol. I (Berlin, 1880) § 22, pag. 297-313. Tale esempio, anche con maggiore generalità di trattazione, è stato seguito in Italia dal SIMONCELLI, Lezioni citate pag. 63-87.

applicazione le regole generali sull' interpretazione delle leggi [1] ma con particolarità che pur son degne di uno studio particolare.

È noto anzitutto che le leggi vanno interpretate in modo diverso secondo la varia loro natura [2]. Così a ragione si ritiene che l' interpretazione delle norme di diritto pubblico non sia così fissa, precisa e rigida come quella delle norme di diritto privato. Non è male porre innanzi questo ricordo, quando si voglia parlare dell' interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, le quali partecipano sotto un certo aspetto del diritto pubblico in quanto assai più che norme, in cui sia disciplinata l' azione degl' individui nella società, esse sono regole di condotta che lo Stato dà ai propri organi, cioè a se stesso [3]. Questo ravvicinamento, che non vuole

[1] Cfr. Meili, Das internat. Civil-und Handelsrecht vol. I, pag. 185.

[2] Vedi Scialoja, loc. cit.

[3] Vedi Catellani, op. cit. 2ª ediz. vol. II, pag. 417-9; Pillet, op. cit. pag. 69-70; Zitelmann, op. cit. vol. I, pag. 199-201; Kahn in *Jherings Jahrbücher* XLIII, pag. 331; Cavaglieri, Diritto internazionale privato e diritto transitorio, Verona-Padova, 1904, pag. 49-51. La concezione pubblicistica è utilizzata dal Catellani (loc. cit. e Del conflitto fra norme legislative di diritto internazionale privato, pag. 53), dal Bartin op. cit. pag 150 e segg., dal Buzzati (Il rinvio nel dir. intern. priv. Milano, 1898, p. 96-7), e dal Göppert (Das princip « gesetze haben keine rükwirkende Kraft » geschichtlich und dogmatisch entwickelt, in *Jherings*

indicare un' identità di struttura, permette di stabilire un parallelismo di condizioni esteriori, che può fino a un certo punto spiegare la più ampia ed intensa funzione, che l' interprete ha tanto nel campo del diritto pubblico che in quello del diritto internazionale privato. I due diritti anzitutto hanno comune il bisogno di ricorrere a delle fonti sussidiarie, che colmino le gravi lacune esistenti nell' ordinamento legislativo. Certo non può dirsi che nell' ordinamento positivo del diritto internazionale privato esista sempre e nella stessa misura quell' elemento consuetudinario, che serve mirabilmente allo sviluppo del diritto pubblico [1]; ma è pur vero che le norme di quel diritto, in genere così scarse di fronte all' intensità crescente della vita giuridica internazionale, obbligano l' interprete ad usar tutti i mezzi, che la tecnica può mettere a sua disposizione per tenere soggette al diritto le multiformi

Jahrbücher, vol. XXII) per risolvere la questione del rinvio; e dal Niedner (Kollision der örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen, in *Zeitschrift für internationales privat-und Strafrecht,* vol. XI, pag 373-380) per risolvere la questione della retroattività delle disposizioni legislative di diritto internazionale privato.

[1] Cfr. Longo, Delle consuetudini come fonte del diritto pubblico, in *Arch. di dir. pub.* a. II (1892), pag. 241-308 e 401-436 (specialmente pag. 258-264); e Romano, L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, nel *Filangieri,* 1899, fasc. IV.

e complesse emergenze della pratica. Inoltre nella interpretazione delle leggi di diritto pubblico spiegano una azione efficace certi principî di tendenza (es. principio di libertà o principio di autorità), che sono conformi alle tradizioni originarie di uno Stato determinato; nel campo del diritto internazionale privato si ha la corrispondente azione di principî altrettanto generali, che hanno la loro radice non nella formazione costituzionale dello Stato, ma nella sua qualità di membro di una società maggiore. Ma per quanta virtù suggestiva possa avere l'avvicinamento fra diritto internazionale privato e diritto pubblico, esso non può nel campo dell'interpretazione sottrarre all'obbligo di esaminare il valore di certe idee, che sono peculiari alla nostra scienza.

Il compito più semplice, che possa spettare al giudice nelle questioni di diritto internazionale privato, è quello di interpretare una precisa norma di conflitto esistente nelle sue leggi; eppure, se interpretare una norma giuridica significa dichiararne il contenuto e quanto meno questo è palese tanto più importante è il compito dell'interpretazione, è assai facile constatare la gravità e delicatezza della funzione, che anche in quel caso il giudice deve compiere.

La sussunzione in ogni norma di conflitto di una regola di diritto materiale e la necessità di una fine analisi giuridica del rapporto in conte-

stazione per determinare in quale competenza legislativa esso rientri, obbligano il giudice ad un' opera tale che non trova quasi affatto riscontro nelle sue funzioni normali. Nel campo giuridico puramente interno la qualificazione dei rapporti ha un' importanza assai più spesso dottrinale che pratica; la loro scomposizione in elementi semplici può interessare il giurista, ma non avendo influenza sulla decisione finale della controversia non preoccupa affatto il giudice. Questi invece nel campo giuridico internazionale è in ogni caso obbligato a seguire un processo di tal genere, poichè dal suo risultato deriva l' applicabilità di una od altra norma di conflitto; e qualunque sia il criterio specifico che voglia adottarsi, è certo che egli deve sempre prendere per base una legislazione positiva interpretando le norme in essa contenute. Se una ricerca di diritto interno è sempre preliminare alla risoluzione di un problema specifico di diritto internazionale privato, a questa risoluzione consegue sempre un' altra ricerca di diritto interno, in quanto il giudice, obbligato ad applicare una fra più norme concorrenti di diritto materiale, deve esercitare su di essa il suo normale magistero d' interpretazione. Se la competenza legislativa è fissata a favore di una norma appartenente ad una legislazione straniera, il compito del giudice non è limitato alla ricerca pura e semplice del

suo contenuto al fine di farne corretta applicazione. La clausola dell'ordine pubblico gl'impone un sottile lavoro di analisi circa l'intima natura, i motivi e gli scopi della norma straniera in confronto dell'intima natura, dei motivi e degli scopi della corrispondente norma nazionale, potendo appunto dalla doppia indagine e dalla conseguente comparazione emergere quel così grave e irriducibile contrasto, che giustifica l'eccezionale applicazione della legge territoriale. In genere la grande comprensività, che è propria dei principî legislativi di diritto internazionale privato, conferisce una notevole ampiezza ai poteri d'interpretazione del giudice; ma rispetto all'ordine pubblico tali poteri diventano addirittura sconfinati, mentre il loro esercizio rappresenta quanto di più arduo si possa chiedere all'opera del magistrato.

Alla latitudine dell'interpretazione è conseguente la possibilità di far seguire al diritto gl'impulsi della vita. Il giudice muove da un punto fermo e determinato, ossia da un elemento concreto e storico, che serve di limite salutare al suo arbitrio e conferisce al diritto quella certezza, che secondo la giusta osservazione del Savigny è il maggiore beneficio della legge; ma nelle norme, che costituiscono sempre il suo punto di partenza, egli trova tal virtù di adattamento alle varie e complicate emergenze della

vita internazionale da poter temperare il difetto della immobilità del diritto, che è insito nel pregio stesso della sua certezza [1]. Così, intendendo tutta la portata della funzione interpretativa del giudice, sparisce la maggiore delle obbiezioni contro la codificazione del diritto internazionale privato. Dati anzitutto gli stretti rapporti, che corrono fra quest' ultimo e il diritto privato interno e il necessario riflesso che ogni nuova legge di diritto privato ha nell' ordine internazionale, dal progredire stesso della legislazione può derivare un diverso orientamento nell' interpretazione di un principio di diritto internazionale privato pur rimasto immutato nella sua consacrazione legislativa. Le idee nuove, che penetrano nell' ordinamento giuridico interno per mezzo di leggi speciali, producono col tempo uno spostamento nella concezione dei principî generali di diritto, che devono considerarsi come tali quali risultano dal complesso sistema legislativo attualmente esistente. Le nuove correnti, che s' introducono nel sistema, le forze nuove che si combinano con le antiche nello stesso organismo, dall' interpretazione del diritto interno

[1] Sulla mobilità del diritto in genere di fronte al modificarsi delle idee storiche, filosofiche ed economiche dominanti al momento della formazione della legge vedi le sobrie e giustissime osservazioni del SIMONCELLI, Lezioni citate pag. 83-86.

spingono i loro risultati anche in quella del diritto internazionale privato; spesso anzi quest' ultima ne rimane fortemente influenzata, quando la prima non ne risente scossa alcuna. Può darsi ad esempio che il legislatore non si sia occupato delle conseguenze, che nell' ordine internazionale possono produrre le disposizioni di una legge nuova e che per regolare tali conseguenze il giudice debba adattare all' oggetto nuovo o al nuovo contenuto della legge un principio di diritto internazionale privato; e può darsi anche che le nuove idee d' indole giuridica, sociale o morale manifestate dal legislatore invertano addirittura l' interpretazione di una norma di diritto internazionale privato: si pensi per esempio alla rivoluzione che nella nostra giurisprudenza interpretativa dell' art. 12 disp. prel. produrrebbe una legge sul divorzio.

Oltre che da questi effetti riflessi del diritto interno l' interpretazione può subire degli spostamenti radicali dal sorgere, direi quasi per generazione spontanea, di nuove idee circa il modo d' intendere le norme di conflitto. Basta pensare allà cosiddetta teoria del rinvio per avere un esempio impressionante dello sconvolgimento scientifico e pratico, che può introdursi nel nostro campo per una nuova direzione assunta dai criteri interpretativi. Non conviene neppure dimenticare l' influenza, che sull' interpretazione delle

norme vigenti in un dato paese possono esercitare la dottrina e la giurisprudenza straniere. La penetrazione reciproca delle idee giuridiche, di cui il nostro campo è più degli altri suscettibile, genera non soltanto una progressiva conformità sostanziale, ma anche una notevole uniformità dei criteri d' interpretazione, così che non a torto si è potuto osservare che fra le opere di internazionalisti appartenenti a paesi diversi vi è spesso in principio un accordo più completo che fra giuristi dello stesso paese, che non abbiamo coltivato *ex professo* gli studi di diritto internazionale privato [1]. Infine il progresso degli studi comparativi, di cui la nostra scienza è così largamente materiata [2], facendo sparire o attenuando le cause di diffidenza giuridica di uno Stato verso l' altro, rende sempre più ristretta e più blanda l' interpretazione della clausola d' ordine pubblico [3].

Trovando nelle leggi del proprio Stato una

[1] Kahn in *Bull. de la Soc. de lég. comp.* XXII, 406-416.

[2] Kahn, in *Ihering' s Jahbücher* XXXIX, 1898, pag. 35-6 e 67-76 e art. cit. nella nota precedente. Vedi anche il mio studio sull'argomento in *Arch. giur.* vol. LXIX fasc. 2.

[3] Studiando la giurisprudenza dei vari paesi su l' interpretazione della clausola d' ordine pubblico il Bartin è giunto a stabilire che essa segue nel suo corso evolutivo la tendenza a una riduzione progressiva ed ha spiegato con molta finezza le ragioni di tale fenomeno (op. cit. pag. 265-6).

precisa disposizione, che valga a risolvere la controversia sottoposta al suo giudizio, il giudice è indubbiamente tenuto ad applicarla anche se essa sia in contrasto col diritto internazionale, senza preoccuparsi delle difficoltà internazionali, che da quella applicazione possano derivare. [1] Ma tale contrasto non può ritenersi effettivamente esistente, se non quando risulti in modo chiaro ed esplicito, non potendosi supporre che la legge abbia voluto qualche cosa di contrario al diritto internazionale. In caso di dubbio la legge deve essere interpretata in modo che essa operi conformemente al diritto internazionale; mentre nel caso di contraddizione evidente essa deve essere interpretata restrittivamente. Questi sani criteri, sui quali esiste un sostanziale accordo nella dottrina [2], non perdono il loro valore quando la legge sia anteriore al sorgere di un principio di diritto internazionale. Vale sempre per il giudice la presupposizione, che lo Stato non può volersi porre in contraddizione coi suoi doveri interna-

[1] Cfr. il largo svolgimento dato a questo concetto dal TRIEPEL op. cit. pag. 254-264. Agli autori contrari ivi riferiti a pag. 260 in nota si può ora aggiungere il KAUFMANN op. cit. pag. 71-86.

[2] HOLZENDORFF-RIVIER, op. cit. pag. 117-120; PILLET, Le rôle du juge en droit intern. privé, in *Rec. prat. de droit. intern. privé*, vol. I, 1890-91, parte II, pag. 109-128; ZITELMANN, op. cit, vol. I, pag. 75 e 81; KAUFMANN op. cit. pag. 65-9; TRIEPEL, op. cit. pag. 153-4 e 392-7.

zionali e che quindi, salva chiara dimostrazione in contrario, se esso non ha modificate le leggi esistenti o non ne ha emanate delle nuove, si è perchè ritiene di potere ottemperare egualmente ai suoi nuovi doveri internazionali. Avendo quest' idea sempre avanti lo spirito il giudice può in dipendenza di nuovi principî internazionali dare una nuova direzione all' interpretazione del diritto vigente nello Stato. Senza condividere l' ammirazione dell' Holtzendorff per la dottrina anglo-americana, per cui *the law of nations is a part of the common law*, si può ammettere senza difficoltà che in virtù di essa la giurisprudenza inglese ed americana è la più atta a far concorrere la giurisdizione all' attuazione dei nuovi doveri internazionali che lo Stato assume; ma anche senza tale massima, ripugnante coi sistemi giuridici continentali, i nostri magistrati ben possono, pur rispettando la volontà dello Stato, rendere effettuale nella legge lo spirito delle innovazioni subite dal diritto internazionale.

Non bisogna dimenticare la natura propria delle norme legislative di diritto internazionale privato, per cui in queste si ha un elemento che è la risultante di una volontà superiore alla pura e semplice volontà dello Stato. Ora la progressiva intensificazione della vita giuridica internazionale, i legami sempre più stretti che avvincono i popoli nella convinzione che tutti pervade

della comunione esistente fra di loro e della necessità di un'opera tollerante e concorde per raggiungere i fini di tale comunione, l'attenuarsi e lo sparire delle cause di diffidenza dello Stato verso gli stranieri e verso il diritto che li accompagna — tutto contribuisce a rendere col tempo sempre più estese ed imperiose quelle esigenze d'indole internazionale, che entrarono in conto nell'opera legislativa di diritto internazionale privato avuto riguardo alle condizioni del momento in cui quest'opera si compiva. I nuovi atteggiamenti della vita internazionale agiscono sulla condotta dello Stato e quindi dei suoi organi. Così una norma, obbiettivatasi una volta uscita dalle mani del legislatore, sotto l'impulso di nuove esigenze della vita internazionale può essere intesa in modo diverso da quella che risulta essere stata l'intenzione del suo autore. In tal guisa si spiegano e si giustificano le rivoluzioni, che in dati momenti si operano nella giurisprudenza di un dato paese pur sotto l'impero della stessa legislazione di diritto internazionale privato.

5. — La regola consacrata nell'art. 4 del Codice civile francese, per cui « il giudice che rifiuterà di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o della insufficienza della legge potrà essere perseguitato come colpevole di denegata giustizia », contiene in sostanza un principio ge-

nerale che vale per ogni legislazione e per ogni branca giuridica. L'ordinamento giuridico sta, secondo l'energica espressione del Brinz, sotto la legge dell'orròre pel vuoto. Il giudice deve muovere dal concetto che la legge contiene in sè tutte le soluzioni che la pratica richiede; e quando queste soluzioni non gli siano offerte dalla legge in modo pronto e preciso, egli deve argomentarle o da norme relative a casi simili o a materie analoghe o dai principî generali di diritto (cfr. art. 3 disp. prel. Cod. civ. it.). Siamo così nel campo dell'analogia, che secondo una terminologia, divenuta usuale presso i giuristi tedeschi, si può distinguere in *analogia legale* (Gesetzesanalogie) e *analogia giuridica* (Rechtsanalogie) a seconda che il processo logico di induzione si appoggi a una disposizione speciale e precisa della legge o derivi dai principî consacrati dalla legislazione presa nel suo insieme.

Il processo analogico, date le grandi ellissi legislative, è frequentissimo nel diritto internazionale privato; e fra le due forme è predominante quella dell'*analogia juris*.

L'analogia legale, che renda applicabile ad un dato conflitto una norma regolante un conflitto simile, è resa nel nostro campo estremamente rara dai caratteri più volte notati di scarsità e comprensività delle norme legislative. Rara, ho detto, ma non impossibile: per esempio in

vari paesi il principio *locus regit actum* non ha una sanzione legislativa generale, essendo direttamente reso applicabile soltanto a certi dati rapporti, come il matrimonio o il testamento [1]; orbene in tali paesi le disposizioni legislative, che applicano parzialmente il principio *locus regit actum*, possono per analogia estendersi ad altri rapporti oltre quelli espressamente previsti. Altro esempio offrono la dottrina e la giurisprudenza francesi applicando anche alla capacità di stranieri in Francia la norma contenuta nel Cod. civ. con esclusivo riguardo alla capacità dei francesi all' estero. Raramente pure si dà l' applicazione analogica entro il campo delle norme appartenenti al diritto processuale internazionale: ricordo come esempio la disposizione dell' art. 941 del nostro cod. proc. civ., la quale si riferisce in modo espresso alla materiale esecuzione delle sentenze straniere, ma secondo alcuni dovrebbe applicarsi per analogia anche alle sentenze semplicemente dichiarative, che non sono suscettibili di esecuzione materiale, e al riconoscimento degli effetti della cosa giudicata straniera [2].

[1] Così è per esempio in Francia. Vedi in ROLIN op. cit. vol. I pag. 343-4 l' origine di questa mancanza nel *Code civil*, mancanza che come risulta dalla storia legislativa non significa affatto ripudio del principio consuetudinario *locus regit actum*.

[2] Così GABBA in *Giur.* it. 1893, I, 2, 389 e 1898, I, 1, 494; e ANZILOTTI in *Giur. it.* 1901, I, 2.

Molto frequente è invece l'applicazione analogica nel campo del diritto processuale civile internazionale di norme di diritto internazionale privato. Certo un tale processo è assai delicato e non scevro di pericoli, dato il concetto da noi più volte affermato della indipendenza dell'azione dal diritto materiale; ma può ben darsi che la ragione giuridica, su cui è fondata una norma di conflitto fra leggi di diritto privato abbia nell'ordine internazionale delle competenze delle conseguenze ulteriori, che si può legittimamente supporre abbiano la loro implicita approvazione nel pensiero del legislatore (1).

(1) Secondo la giurisprudenza francese l'art. 3 § 1 *Code civil,* per cui gl'immobili, anche se posseduti da stranieri, sono retti in Francia dalle leggi francesi, diviene attributivo di giurisdizione per le azioni reali relative (cfr. in questo senso TROCHON op. cit. pag. 286-7). Alcuni autori vanno anche più in là e adottano come massima che le leggi francesi d'ordine pubblico internazionale portano con sè la competenza esclusiva dei magistrati francesi su tutte le azioni fondate su di esse (cfr. AUBRY et RAU op. cit. vol. VIII § 748 bis; BERTAULT, Questions pratiques vol. I, pag. 145). Coloro i quali contestano la giustezza di tale massima in quanto per essa si deducono norme di diritto processuale internazionale da norme di diritto internazionale privato (FÉRAND-GIRAUD in *Journal* 1880 pag. 165; DEMANGEAT sur FOELIX vol. I, pag. 145; LACHAU op. cit. pag. 59-62) arrivano per altra via alla stessa conclusione e i motivi che essi adducono per sostenerla sono in fondo quelli stessi che sono a base della caratterizzazione delle leggi di ordine pubblico. Il che è la riprova migliore che

In genere bisognerà uscire dal diritto internazionale privato per entrare in ordini giuridici affini, suscettibili quindi di corrispondere in dati casi al criterio di analogia. Onde sorge il bisogno di determinare quali siano questi ordini giuridici affini, entro i quali il giudice possa compiere le proprie ricerche.

Ci si presenta anzitutto, gravido di controversie fondamentali, l'ordine giuridico privato interno. La possibilità di volgere norme di diritto privato interno alla soluzione di conflitti non espressamente previsti dal legislatore si riconnette colla dottrina del Wächter, secondo la quale dal senso e dallo spirito della legge si possono sempre trarre delle deduzioni, che guidino il giudice sicuramente nella soluzione dei conflitti che fanno nascere le sue disposizioni. Di qui a riconoscere nel diritto privato interno il carattere di fonte del diritto internazionale privato non è che un passo, se pure non è la stessa cosa. Ma si tratta di concetto erroneo e giustamente caduto in discredito [1]. Fu da altri rilevato che in ciascuna le-

talora, pur senza operare alcuna confusione fra diritto materiale e diritto formale, la ragione giuridica su cui poggia una norma di diritto internazionale privato si ritrova anche nel campo del diritto processuale internazionale in guisa da dare origine ad una regola, che si può legittimamente supporre approvata dal legislatore.

[1] Cfr. fra altri il PILLET art. cit. in *Rev. prat. de droit intern. privé* pag. 118-120.

gislazione esistono soltanto eccezionalmente delle leggi aventi per se stesse un' estensione locale chiaramente definita, mentre di regola le leggi civili sono di una tendenza locale illimitata o per lo meno indefinita; il legislatore enuncia semplicemente ciò che gli sembra giusto e ciò che egli considera dovere costituire il diritto per tale rapporto di affari o tal rapporto giuridico [1]. Ma anche quando il legislatore non abbia prefiniti i limiti d' impero dei propri ordini, il giudice non può dal loro carattere di generalità trarre argomento per estenderne senz' altro l' efficacia a stranieri o a rapporti che hanno avuto origine oltre il territorio. Egli deve invece ricercare appunto quei limiti anche quando non sono segnati nel diritto internazionale privato vigente nello Stato; e in tale ricerca non possono per alcun verso soccorrere, qualunque sia la forma nella quale siano state enunciate, le norme di diritto interno materiale, le quali essendo volte a regolare direttamente un dato rapporto non presentano analogia di sorta colle norme di conflitto, il cui contenuto sta nella determinazione della legge atta a regolare quel dato rapporto e che però hanno il carattere di norme formali o norme di applicazione (*Anwendungsnormen*) secondo la

[1] KAHN, art. cit. in *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, vol. XXII, pag. 408.

recente terminologia dello Zitelmann. Non è ciononostante difficile riscontrare così nella pratica che nella dottrina la trasposizione pura e semplice nel campo internazionale di una norma, che fu dettata esclusivamente per regolare rapporti giuridici interni [1]. Si tratta di un processo d'induzione intrinsecamente difettoso. Soltanto in casi eccezionalissimi la *ratio juris*, su cui è fondata una norma di diritto interno, è suscettibile di determinare la costituzione di una norma di diritto internazionale privato, ricorre cioè nei due campi una vera analogia. Così ad esempio una disposizione come quella dell'art. 36 del nostro Cod. comm., che determina la sede locale di un dato rapporto giuridico sorto entro il territorio dello Stato, può essere utilmente invocata per determinare la sede locale di un rapporto giuridico dello stesso genere, i cui elementi si esplichino in territori di Stati diversi [2].

Meglio assai delle norme di diritto materiale si prestano all'analogia quelle di diritto proces-

[1] Vedi gli esempi che offrono in proposito la dottrina e la giurisprudenza francese in Pillet, art. cit. Cfr. anche Anzilotti, Studi critici pag. 149 e segg., il quale tuttavia parla a preferenza di casi, che meno direttamente c'interessano, di intromissione nel diritto internazionale privato di principî ed istituti del diritto interno.

[2] Cfr. la mia Rivista critica di giurisp. controversa in materia di dir. intern. privato (anni 1898-99) § II, n. 2, in *Arch. giur.* vol. LXV, p. 492-8.

risolverli [1]. Ma la dimostrazione a dir vero non è punto ricca di argomenti convincenti.

Senza scendere a considerazioni particolari sui diversi principî, che possono o debbono governare le due categorie di questioni [2], ci limitiamo a notare il diverso grado di competenza del legislatore nel regolarle [3]. Invero il legislatore,

[1] von Bar op. cit. vol. I § 35 pag. 119-127. In contrario, avuto riguardo alla materia che più direttamente c'interessa, è da ricordare il Wach (op. cit. pag. 119), il quale pur senza discutere *ex professo* la questione generale dichiara che i principî fondamentali del diritto processuale interlocale (egli parla dei rapporti fra le leggi processuali degli Stati confederati tedeschi prima dell'unificazione legislativa) sono diversi da quelli del diritto processuale internazionale.

[2] Cfr. le osservazioni e i richiami fatti dal Bartin, op. cit. pag. 148-9 in nota e dal Meili, op. cit. vol. I, pag. 54-57. È noto come l'esempio più saliente, che possa darsi di tale diversità di principî, consista nel criterio determinatore della personalità, che nei rapporti interni di uno stesso Stato è quello del domicilio per gli stessi motivi che nei rapporti internazionali consigliano il criterio della nazionalità. L'esempio della nuova codificazione germanica è in proposito assai suggestivo.

[3] Questo, a mio modo di vedere, è l'unico punto dal quale è possibile muovere per differenziare le due categorie di norme. Non credo affatto collo Zitelmann (op. cit. vol. I pag. 397-8) che la differenza consista in ciò che le norme di diritto interlocale siano norme di diritto materiale. La conseguenza che egli ne deduce, essere tali norme, diversamente da quanto avviene per quelle di diritto internazionale privato, applicabili anche dal giudice straniero, può ben altrimenti giustificarsi. Si noti che la diversa

che si fa a risolvere i conflitti che possono sorgere fra leggi che imperano in parti diverse del proprio Stato, esercita una competenza normale in quanto si tratta sempre di rapporti di cittadini che si svolgono nel territorio nazionale; la sua volontà è sovrastante e legittimamente superiore a quella dei legislatori particolari; egli ha quindi pieno ed assoluto il potere di fissare i limiti di efficacia delle legislazioni particolari circa i rapporti in cui sono interessati i cittadini dello stesso Stato. Non altrettanto può dirsi della competenza che esplica il legislatore nel determinare la rispettiva sfera di autorità di leggi di Stati diversi, poichè, come già vedemmo, si tratta di una competenza attribuita per necessità di cose ad un organo inferiore a quello che sarebbe naturalmente designato. Inoltre lo Stato, se è formalmente libero nell'emanare norme sui conflitti internazionali, è in sostanza per mille guise vincolato dal rispetto alle altre indipendenti sovranità che vengono in contatto colla sua; sicchè esso può ritenersi ed essere obbligato a fissare dei principi diversi da quelli riconosciuti atti a risolvere i conflitti interlocali, rispetto ai quali la determinazione della sua volontà non è influita

intima natura, che lo Z. vuol trovare nelle due categorie di regole, non gli vieta (e la cosa può apparire strana) di fare larghissimo posto nei loro reciproci rapporti al criterio di analogia (pag. 399-406).

da elementi estranei alla volontà stessa e alla società a cui presiede. Esiste dunque analogia nel modo con cui le due categorie di questioni si presentano (conflitti di leggi), ma non esiste o può non esistere analogia nel modo con cui esse sono risolte. Così il giudice non è autorizzato a trasportare senz' altro nel campo internazionale una norma di conflitto interlocale; egli deve a ciò preventivamente stabilire che in un dato caso concreto la ragione giuridica, sul cui fondamento è consacrata la regola di diritto interlocale, si ritrova anche nel conflitto internazionale. In altri termini, salva diversa e precisa indicazione della legge [1], l' analogia non può essere ritenuta ge-

[1] La legge federale svizzera del 21 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei cittadini stabiliti o in soggiorno all' art. 32 espressamente determina che le norme fissate per il regolamento di tali rapporti si applicano per analogia anche agli stranieri che hanno in Svizzera il loro domicilio: vedi LAINÉ in *Bull. de la Soc. de lég. comp.* XXIII pag. 128-180 e 209-223; ROGUIN op. cit. pag. V; MEILI, op. cit. vol. I, pag. 57; PILLET op. cit. pag. 315-7. Così ancora il Cod. civ. spagnuolo all' art. 14 dichiara applicabili ai conflitti interprovinciali le stesse regole stabilite agli art. 9, 10 e 11 per i conflitti internazionali (vedi AUDINET in *Journal* 1891 pag. 126-9). L'applicazione analogica imposta dalla legge presuppone già risolte le questioni speciali, che nei singoli casi pratici noi vorremmo formassero oggetto dell' esame del giudice. Si noti tuttavia che tale imposizione fatta dalla legge elimina il carattere di vera e propria analogia, che implica un libero apprezzamento del magistrato. (Cfr. in un campo strettamente affine a questo, ma nei rapporti fra

nerica ed *a priori*, ma deve essere specifica e ragionata ([1]).

leggi puramente interne, le giuste osservazioni del Gény, Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif, Paris 1899, pag. 268). Del resto tanto la legge svizzera quanto il Cod. civ. spagnuolo, regolando alcuni conflitti internazionali in modo diverso da quelli intercantonali e interprovinciali, danno la prova migliore della impossibilità di stabilire una completa e generale analogia fra i due ordini giuridici.

([1]) Nella misura indicata è certo che la giurisprudenza di un paese sui conflitti interlocali può servire a interpretare e completare la giurisprudenza dello stesso paese sui conflitti internazionali, cioè infine a determinare il sistema positivo dei conflitti internazionali di questo paese. Circa il processo inverso d'analogia, consistente nell'applicazione a conflitti fra diversi diritti particolari dello stesso Stato delle norme fissate per risolvere conflitti internazionali, può essere istruttiva la discussione sorta recentemente nella dottrina germanica a proposito della legge di introduzione al Codice civile: cfr. i numerosi richiami fatti dal Meili, op. cit. vol. I, pag. 59, nota 3. È opportuno in proposito anche il ricordo della giurisprudenza inglese, che applica per analogia ai conflitti intercoloniali gli stessi principî che ai conflitti internazionali: cfr. Pillet op. cit. pag. 47 e von Bar op. cit. vol. I, pag. 122. Quanto alla giurisprudenza italiana è da citare la sentenza 27 marzo 1885 della Cass. Torino (*Legge* 1885, I, 661 e *Journal* 1886, pag. 617), la quale dovendo decidere se dovesse applicarsi l'art. 9 tit. prel. Cod. civ. ad un conflitto tra il Cod. civ. austriaco, che nel 1869 vigeva ancora a Mantova, e il Cod. civ. italiano vigente in Lombardia, volle senza necessità affermare in via generale che quando le diverse parti di uno stesso Stato sono rette da leggi civili differenti, i rapporti di diritto privato fra abitanti di diverse provincie devono essere trattati come rapporti di individui di diverse nazionalità.

È opinione largamente diffusa che fra diritto internazionale privato e diritto transitorio vi sia non soltanto somiglianza, ma vera e propria identità [1]. Partendo dalla giusta osservazione che il concetto completo del diritto acquisito non è soltanto il concetto di un diritto acquistato in un tempo determinato, ma anche di un diritto acquistato in un determinato luogo, si volge rapidamente alla conclusione che unico è il problema e unica deve essere la soluzione. Di qui la formula, che quando in diritto transitorio si deve applicare la legge antica, in diritto internazionale privato si deve applicare la legge straniera; mentre si deve applicare la legge territoriale quando l'interesse sociale impone l'applicazione esclusiva della legge nuova. Conseguenza dal nostro punto di vista interessante è che la giovane scienza del diritto internazionale privato può avvantaggiarsi dei risultati a cui è giunta la più matura ed evoluta del diritto transitorio e che quest'ultima, ben più della prima ricca di norme legislative, offre per il giudice una riserva preziosa per colmare in virtù dell'analogia le

[1] Nel recente ed accurato studio già citato del CAVAGLIERI a pag. 35 e 53-56 sono indicati molti scrittori, che a cominciare sopratutto dal Savigny adottarono la opinione riferita nel testo. Nel campo del diritto processuale si possono ricordare WACH op. cit. pag. 206-210; SCHMIDT op. cit. pag. 103; HELLWIG op. cit. vol. I, pag. 28-9.

lacune esistenti nelle leggi di conflitto. Ma per quanto possa dolere di dover rinunciare a un vantaggio notevole dal punto di vista scientifico e pratico, io credo che non si tratti di vera analogia, ma di corrispondenza meramente formale e di somiglianze del tutto esteriori. Ai miei scopi ben precisi e limitati non è necessario che mi intrattenga su queste somiglianze contrapponendole partitamente alle ben maggiori e sostanziali differenze [1], bastandomi pochi rilievi per dimostrare, come, esclusa ogni analogia generica, il giudice debba andare molto guardingo nel ritenere esistente quell' analogia specifica, che gli permetta in un dato caso concreto di applicare nel campo internazionale una norma legislativa di diritto transitorio.

L' applicazione della legge nuova si presenta al legislatore con caratteri ben diversi da quelli dell' applicazione della legge straniera. Osserva il Gabba che ogni legge nuova rappresenta, almeno nel pensiero legislativo, un progresso sul passato, un ulteriore svolgimento di un dato concetto giuridico in senso più conforme a giustizia; ond' è naturale che il legislatore cerchi di estenderne più in là che gli è possibile la sfera d' impero.

[1] Cfr. GABBA, Teoria della retroattività delle leggi 3ª ediz. vol. I, pag. 133-140; PILLET, op. cit. pag. 13, 40, 503-4, 530-2; CAVAGLIERI, op. cit. pag. 32-90.

L'interesse sociale di ridurre persone, cose e rapporti giuridici a un tipo unico di legislazione manca completamente nel diritto internazionale privato, dove le leggi in conflitto sono sul piede di perfetta eguaglianza e di reciproca indipendenza; così mentre lo Stato ha interesse ad estendere l'applicazione delle leggi nuove anche a rapporti che abbiano la loro radice nel passato, esso non ha invece alcun interesse a sottoporre alle proprie leggi rapporti giuridici di stranieri o dipendenti da leggi straniere. Si può anzi osservare che lo Stato ha l'interesse contrario, che vengano cioè in dati casi applicate le leggi straniere, perchè le proprie leggi nei casi analoghi ottengano applicazione all'estero.

Inoltre i rapporti, che costituiscono la materia disciplinata dal diritto transitorio, hanno avuto origine e sono sotto il dominio di una stessa sovranità, la quale ne è libera ed assoluta dispositrice in guisa da poter anche togliere dei diritti, che sono già entrati nel patrimonio individuale, poichè il rispetto dei diritti quesiti è per il legislatore un vincolo morale ma non affatto giuridico. Invece i rapporti, che devono essere regolati dal diritto internazionale privato, interessano sovranità diverse e quella, nel cui territorio essi son fatti valere, non può non tener conto delle legittime esigenze dell'altra o delle altre, colle quali hanno qualche punto di colle-

gamento; e qui il vincolo è giuridico, esistendo un vero e proprio dovere giuridico degli Stati di rispettare il campo riservato all'altrui competenza legislativa. Questo diverso grado di libertà, nella quale si trova il legislatore e che corrisponde del resto alla natura propria del diritto interno in materia internazionale in confronto di quella del diritto puramente interno, può dare origine a norme del tutto diverse per l'applicazione della legge nuova e per l'applicazione della legge straniera; e mostra al tempo stesso quale sia il pericolo dell'applicazione analogica di una norma di diritto transitorio a un conflitto di diritto internazionale privato non espressamente previsto dalla legge.

Genericamente considerata unica è la base della retroattività e dell'ordine pubblico internazionale; ma anche limitatamente a questi due particolari aspetti delle due dottrine è impossibile determinare un principio generale d'analogia, che permetta al giudice di specificare la clausola d'ordine pubblico ricorrendo alle precise e tassative disposizioni, che determinano i casi di retroattività. [1] Tale principio, che fra altro

[1] Egualmente e per gli stessi motivi, che saranno esposti nel testo, non è possibile ammettere in generale il processo inverso d'analogia, che voglia trarre una norma di retroattività da una norma esplicita, la quale ispirandosi al concetto di ordine pubblico dia efficacia esclusiva

avrebbe la conseguenza dannosa di ostacolare l'evoluzione giurisprudenziale del concetto di ordine pubblico, facendolo muovere sulla falsariga indicata inflessibilmente dal diritto transitorio, appare subito infondato quando si pensi che l'interesse sociale, che esclude a profitto della legge territoriale l'applicazione della legge straniera normalmente competente, deve raggiungere un grado d'intensità molto maggiore che non nel caso in cui si tratta di escludere colla eccezionale forza retroattiva concessa alla legge nuova il normale impero della legge antica. E la differenza agevolmente si spiega: nel primo caso lo Stato impone la sua volontà a stranieri normalmente soggetti ad altra sovranità, nel secondo invece soltanto a cittadini; è naturale che in questo caso il contrasto fra il diritto del privato e l'interesse della collettività sia più facilmente avvertibile che non nel primo e che non siano quindi tollerate certe manifestazioni di attività giuridica, che nel primo caso possono sembrare indifferenti. La conclusione è che bisogna andare molto guardinghi e che il desiderio di facilitare il proprio compito nel risolvere le spinose questioni relative all'ordine pubblico non deve mai

alla legge territoriale. Cfr. SIMONCELLI, Sui limiti della legge nel tempo (negli Studi pubblicati in onore di Vittorio Scialoja, Milano 1905 vol. I pag. 363).

dispensare il giudice da un rigoroso esame particolare delle ragioni di analogia [1].

6. — Quando fra le situazioni di fatto espressamente regolate dalla legge non ve n'abbia una, che presenti una similitudine fondamentale con quella che domanda una soluzione, si deve ricorrere all' *analogia juris*, che rappresenta un più alto grado d'astrazione, a cui il giudice si deve elevare generalizzando per comprendere il caso nuovo nella sfera del diritto. Per essa veramente il campo d'azione della giurisprudenza appare così esteso e così intensa la sua efficacia da farcela rappresentare anche nei nostri paesi continentali come vivida cooperatrice dello sviluppo del diritto [2]. Nella teoria del diritto inter-

[1] La Cassazione di Firenze con sentenza 12 dicembre 1895 (*Foro it.* 1896, I, 142; *Legge* 1896, I, 224) ebbe giustamente ad escludere l'applicazione analogica dell' art. 22 delle disp. trans. 30 novembre 1865, giusta la quale avrebbe dovuto dichiararsi inefficace in Italia la rinuncia alla successione paterna fatta da una cittadina austriaca in conformità della sua legge nazionale.

[2] La questione se si debba riconoscere alla moderna giurisprudenza in genere una vera forza creatrice di diritto è stata recentemente discussa con molta ampiezza e con sicura e larga conoscenza della copiosissima letteratura esistente sull'argomento dal Gény, op. cit. p. 419-437 e dal Lambert, La fonction du droit civil comparé, Paris, 1903, pag. 144-174. In quest'ultimo, che contrariamente al primo vede nella giurisprudenza, pure dei nostri paesi continentali, una fonte di diritto, si può utilmente riscontrare l'ampio svolgimento dato alla dottrina anglo-americana

nazionale privato sorge una questione speciale relativa al principio, che deve guidare le ricerche del giudice, quand' egli non trova un aiuto immediato alla sua decisione nell' ordinamento giuridico positivo (1). Escluso senz' altro ogni valore positivo nella *natura delle cose*, che condurrebbe alle soluzioni più soggettivamente arbitrarie (2), rimangono di fronte due opinioni, che possono essere indicate come quella del Wächter o principio dell' esclusività e come quella del Savigny o principio dell' internazionalità. Pel Wächter il giudice nel dubbio deve applicare il diritto del suo Stato, mentre secondo il Savigny il giudice in mancanza di norme espresse di collisione deve mettersi dal punto di vista della società internazionale e di qui rintracciare internazionalisticamente per il diritto applicabile la sede del singolo rapporto giuridico (3). Il secondo

(pag. 96-100 e 174-208). Vedi anche, per quanto l' argomento sia ivi trattato da uno speciale punto di vista, MICELI op. cit. cap. V e VI pag. 128-186. — Parlando del diritto internazionale privato dice il MEILI (op. cit. vol. I, pag. 49) che « hat der Richter in den Einzelfällen das Talent eines modernen Prätors zu entwickeln ».

(1) Sulle varie dottrine in proposito vedi MEILI, op. cit., vol. I, pag. 50 e 51.

(2) NIEMEYER, Vorschläge und Materialien pag. 59; ZITELMANN, op. cit. vol. I, pag. 3 e segg.

(3) Una diretta filiazione della teoria del Savigny mi sembra quella ora esposta dallo ZITELMANN (op. cit. vol. I pag. 74-6 e 196-8), il quale afferma bensì che il giudice

principio è di gran lunga prevalente sul primo; in Germania sotto l'influenza del von Bar esso acquistò tale dominio, che nel campo del diritto comune si sostenne il suo valore giuridico consuetudinario (¹). Parlando del contrasto dei due principî a proposito dei progetti della legge d'introduzione del nuovo Codice civile germanico, il Niemeyer combatte la posizione di una clausola legislativa sul valore sussidiario della *lex fori*, anche accanto ad una accurata codificazione, perchè rimanendo sempre una gran serie di evenienze non previste dal legislatore sarebbero decise secondo la *lex fori* molte questioni, che il legislatore, se le avesse avute davanti agli occhi, avrebbe diversamente risolte; ma egli nega altresì che il silenzio del legislatore valga come espressione del principio di internazionalità (²).

deve applicare esclusivamente il diritto internazionale privato vigente nel suo Stato, ma ritiene che per colmare le lacune in quest'ultimo esistenti egli deve ricorrere ai generali principî giuridici internazionali: così il *völkerrechtliches oder überstaatlich geltendes International-Privatrecht* ha valore positivo sussidiario di fronte all'*innerstaatlich geltendes International-Privatrecht*, dovendosi intendere che ove manca un'esplicita manifestazione della volontà dello Stato questa sia conforme al diritto internazionale. Vedi in contrario e giustamente TRIEPEL op. cit. pag. 255-6.

(¹) NIEMEYER, Positives internationales Privatrecht, I, 86.

(²) NIEMEYER, Vorschläge und Materialien pag. 59-62.

La controversia è intimamente legata all'altra più generale riguardante il metodo della nostra scienza. Se è vero che i due metodi che si contendono il campo, l'individuale e l'universale, pur avendo ciascuno una ragion d'essere propria, si completano a vicenda e sono fra loro indissolubilmente connessi dalla comunanza di base e di finalità [1], è altresì vero che a nessuno dei due principî esclusivamente il giudice può ispirarsi per colmare le lacune del diritto internazionale privato positivo.

Io credo che il legislatore ben faccia a non prendere posizione in una questione, che essendo puramente scientifica eccede la sua competenza. Il suo silenzio del resto ha anche il vantaggio di non obbligare il giudice a seguire esclusivamente nè l'uno nè l'altro principio, permettendogli di contemperarli insieme, muovendo dallo spirito della legislazione nazionale, ma non dimenticando quell'elemento di internazionalità, che è necessariamente insito nel carattere dei rapporti di diritto internazionale privato anche studiati dal punto di vista di una legislazione particolare.

Quanto all'Italia è ormai fuori discussione,

[1] Cfr. Jitta, La méthode du droit international privé, La Haye, 1890, *passim* e specialmente pag. 95-100, 176-9, 221-4, 454-8; Niemeyer, Zur Methodik des internat. Privatrecht, Leipzig, 1894; Anzilotti, Studi critici, pag. 71-99.

che i principî generali di diritto, di cui parla quell'art. 3 disp. prel. Cod. civ. che anche nel nostro campo deve servire di guida al magistrato, sono quelli determinati dal sistema legislativo e non quelli derivanti dalla pura ragione e che deve ritenersi assolutamente escluso qualsiasi richiamo a un preteso diritto naturale astratto, assoluto, immutabile o alla equità concepita come giustizia naturale (¹). Se del pari escluso deve ritenersi ogni riferimento al diritto comune, che era espressamente richiamato in parecchie legislazioni precedenti alla nostra unificazione legislativa (²), è certo che la norma per risolvere una questione di diritto internazionale privato il giu-

(¹) FADDA e BENSA, Note alle Pandette del WINDSCHEID, vol. I, pag. 124-6 e 136-8. — In Austria la regola contenuta nel § 7 Cod. civ., secondo la quale quando un caso giuridico non può risolversi nè secondo le parole nè secondo il senso naturale di una legge nè secondo l'analogia di casi simili nè secondo i principî di leggi affini si deve ricorrere ai principî del diritto naturale, si ritiene applicabile anche nel campo del diritto internazionale privato: cfr. VESQUE VON PÜTTLINGEN, op. cit. pag. 9 e 17-19. — Una disposizione esplicita al riguardo si ha nel Messico, dove l'art. 38 del Codico de extranjerìa ordina: « Cualquiera duda da resolverse de manera que se salva ante todo la justicia natural; si ista lo permite, se ha da consultar el interes de la nacion que da hospitalidad al extranjero, y al ultimo el interes del extranjero ». Vedi NIEMEYER, Vorschläge und Materialien, parte II, pag. 2 n.° 10.

(²) FADDA e BENSA, Note alle Pandette del WINDSCHEID, vol. I, pag. 125 e 127-8.

dice italiano non dovrà ricercarla nella dottrina degli statuti, che anche in Italia aveva acquistato forza di diritto consuetudinario ([1]). Ordinando all'art. 48 delle disposizioni transitorie al Codice

([1]) Sono note le discussioni sorte in Francia sul punto di sapere se sotto l'impero del *Code civil* dovesse intendersi positivamente vigente la dottrina degli statuti, posto in fatto che il legislatore francese abbia dato in materia di conflitti di leggi delle norme così scarse e schematiche da non indicare neppure nettamente le grandi linee di un sistema generale. Coloro che professano l'opinione affermativa (vedi ad es. LAURENT, Droit civil internat. vol. II, n.i 39-40, pag. 66-69; FOELIX, op. cit. n.i 19-24; AUBRY et RAU, op. cit. vol. I, pag. 131-7; VAREILLES-SOMMIÈRES, Synthèse du droit internat. privé, vol. I, pag. 186-190) si ritengono autorizzati a ricorrere alle soluzioni consuetudinarie dei diversi problemi di diritto internazionale privato per colmare le numerose e gravi lacune contenute in proposito nella legislazione francese. Ma è ora di gran lunga prevalente nella dottrina l'opinione opposta, la quale, ritenendo per molti e validi motivi come un dannoso anacronismo l'applicazione attuale della dottrina statutaria, in questa non vede che un lume per rischiarare la via nei casi non positivamente regolati dal codice, senza che ciò possa togliere in tali casi la maggiore libertà di apprezzamento. Vedi in questo senso: DURAND, Essai de droit intern. privé, pag. 249-251; DESPAGNET, op. cit. pag. 155-8 e *Rev. crit. de lég. et de jurisp.* 1884, pag. 487-507; WEISS, op. cit. vol. III, pag. 136-9; SURVILLE et ARTHUYS, Cours élém. de droit intern. privé, 2a ed. pag. 34-5; LAINÉ in *Bull. de la Soc. de lég. comp.* 1889-90, pag 334-7; PILLET in *Rev. prat. de droit intern. privé,* 1890-91, parte II, pag. 121-5; HUC, Comm. théorique et pratique du Cod. civ. vol. I, pag. 105-7; AUDINET, Principes élém. du droit intern. privé, pag. 215-7. Fra gli scrittori non francesi vedi ZITELMANN, op. cit. vol. I, pag. 120-2.

civile del 1865 l'abrogazione di tutte le leggi generali e speciali per lo innanzi in vigore, il nostro legislatore intese togliere efficacia al diritto comune come legge generale, ossia come sistema legislativo, anche in quella parte che su una supposta base romanistica i dottori e la giurisprudenza avevano elaborata e ridotta consuetudinariamente a diritto positivo per la risoluzione dei conflitti di leggi. L'esclusione della dottrina statutaria come supplemento al codice era ancor più fondata che non quella del diritto comune in genere, poichè colle disposizioni preliminari il legislatore inaugurava un sistema di diritto internazionale privato, che era stato creato ed era veramente in antitesi della dottrina tradizionale. Questa dunque, come diritto positivo consuetudinario, poteva almeno in gran parte considerarsi senz'altro come virtualmente abrogata per la pubblicazione di norme ad essa contrarie. Non è a dire tuttavia che in qualche caso non sia utile al giudice il ricorrervi. In genere le soluzioni pratiche sono spesso identiche anche muovendo da teorie fondamentali diverse; in particolare molte delle soluzioni pratiche date dalla teoria degli statuti combinano con quelle derivanti dai principî codificati della scuola italiana di diritto internazionale privato. In questi casi, data la grande elaborazione della dottrina statutaria, il giudice può ricorrere ad essa non sol-

tanto per avere lumi intorno alla interpretazione di una particolar norma di conflitto risultante dal nostro sistema positivo, che trovi in quella la sua corrispondente, ma anche per supplire alle deficienze della legge, quando riscontri la conformità sua collo spirito che anima quest' ultima [1].

I principî generali di cui parla l' art. 3 non possono dunque essere per noi che quelli risultanti dal nostro sistema legislativo in materia di diritto internazionale privato; quando in esso manchi la norma precisa che si ricerca, vi si troveranno sempre gli elementi del più o meno lungo processo d' induzione, che da soluzioni particolari deve far risalire a un principio generale comprendente in sè il caso nuovo e ad esso applicabile per via di deduzione. Basta pensare per un istante all' immensa portata dell' art. 3 Cod. civ. e degli art. 6-12 delle disp. prel. per essere convinti che il giudice può trovare in essi i dati fondamentali per risolvere qualunque questione di diritto internazionale privato. L' opera del giudice è poi facilitata, oltre che dal ricorso alle dottrine tradizionali nei limiti che abbiamo sopra ricordati, anche dallo studio della dottrina, che cerca di risolvere i problemi del nostro or-

[1] Sull' importanza dell' elemento storico nell' interpretazione della legge vedi quanto recentemente hanno scritto i proff. CHIRONI e ABELLO, op. cit. vol. I, pag. 63-4.

dine giuridico dal punto di vista della legislazione italiana [1], e della dottrina e giurisprudenza dei paesi stranieri, che abbiano un sistema positivo di diritto internazionale privato non dissimile dal nostro [2].

Per noi infine è appena il caso di ricordare che la Cassazione esercita legittimamente il suo sindacato sul delicato processo d'interpretazione

[1] Sul compito della dottrina, che, come è noto, in Germania ha dominato e condotto la giurisprudenza in materia di diritto internazionale privato, si possono vedere fra altre le eccellenti osservazioni dello ZITELMANN, op. cit. vol. I, pag. 6 e segg. Lo stesso Autore osserva giustamente (vol. cit. pag. 119-120), che ove è possibile dimostrare che un legislatore si è riferito ad una teoria conosciuta, il giudice deve ricorrere ad essa per avere le soluzioni non espressamente contenute nella legge; in tale condizione appunto si trova il giudice italiano rispetto alla teoria del MANCINI e della sua scuola.

[2] Il DICEY, op. cit, pag. 20-22, dice che le fonti del diritto inglese in materia di diritto internazionale privato sono: 1° gli atti del parlamento; 2° i precedenti; 3° in mancanza degli uni e degli altri i principî generali così come risultano dalle sentenze delle corti straniere, *specialmente americane,* dalle opinioni di eminenti giuristi e dalle regole prevalenti in altri paesi. Il ricorso alla giurisprudenza straniera, specialmente americana, e alle dottrine di eminenti scrittori stranieri non è giustificato dalla fittizia autorità di un diritto comune europeo, ma dal legittimo desiderio che hanno i giudici inglesi quando agiscono con capacità legislativa di rendere la loro giusprudenza, in una materia che concerne tutti gli Stati civili, corrispondente alla pratica e alla dottrina seguita in paesi stranieri.

giuridica, donde il giudice di merito trae la norma applicabile alla controversia. Il punto di partenza è sempre il diritto positivo e in questo deve ritenersi compreso il punto di arrivo, nonostante la via lunga percorsa col sussidio della ricerca scientifica. Un dubbio, per quanto non giustificato, può sorgere rispetto alle materie diverse da quelle del diritto internazionale privato, in cui manca completamente la volontà del legislatore, e rispetto allo stesso diritto internazionale privato nei paesi dove non esiste al riguardo codificazione. Ma quanto al primo punto, che si collega coll' apparente applicazione del diritto internazionale in genere, ci siamo già pronunciati; e quanto al secondo, poichè il giudice non può in ogni caso muoversi che entro la cerchia del diritto positivo, non esiste alcun motivo per andare in opinione diversa da quella precedentemente adottata (1).

(1) È abbastanza curioso il fenomeno che ci presenta in proposito la giurisprudenza della Cassazione francese, la quale per lungo tempo, colpita senza dubbio dall' incertezza e incostanza delle teorie di diritto internazionale privato, ha evitato di prendere nettamente partito nelle controversie di tal genere, rigettando i ricorsi quando non le si fosse presentato un disconoscimento formale della legge francese; poi a poco a poco, a misura che le dottrine si consolidavano e si precisavano, ha cominciato anch' essa a formulare delle soluzioni precise. Cfr. GENY op. cit. pag. 571 e 576. Circa la questione, che ha molti punti di contatto

8. — Ricercando in base al diritto internazionale privato vigente nel proprio Stato qual legge debba regolare un dato rapporto giuridico, il giudice può trovarsi di fronte ad una legge straniera, la cui applicazione gli è imposta dalla volontà stessa dello Stato, nel cui nome amministra giustizia. Tale applicazione non dovrebbe essere governata da regole diverse da quelle che governano l'applicazione delle leggi nazionali. Se una legge straniera si applica è sempre e soltanto perchè così ordina lo Stato o con una disposizione espressa o con una manifestazione di volontà implicitamente contenuta nel sistema legislativo; non è dunque una sottigliezza il dire che quella data legge straniera, in quanto serve a regolare un certo rapporto giuridico che è sorto o che deve comunque avere efficacia nel territorio dello Stato, si è nazionalizzata e in tal veste sollecita l'attuazione ad opera del giudice. Si può anche osservare col Pillet, che data la natura internazionale delle norme di conflitto, per cui tali norme devono considerarsi come l'espressione di un obbligo dello Stato, il giudice deve applicare il diritto straniero imposto al proprio Stato a più

colla nostra, se sia ammissibile ricorso in Cassazione per violazione di principî generali di diritto, vedi nello stesso Geny pag. 85 nota 1 molti richiami di dottrina e di legislazione.

forte ragione ancora che non il diritto nazionale [1].

Senonchè trattandosi di leggi nazionali l'obbligo di applicarle è accompagnato dalla presunzione assoluta della loro conoscenza da parte del giudice per effetto della pubblicazione avvenuta nel territorio dello Stato; mentre trattandosi di leggi straniere tale presunzione viene necessariamente a mancare, perchè da un lato non è concepibile la pubblicazione di leggi straniere [2] e dall'altro lo Stato non provvede affatto e non provvede in modo sufficiente a che il giudice ne abbia per altra via conoscenza.

[1] PILLET, op. cit. pag. 83.

[2] Il DARRAS in *Journal* 1901 pag. 222, riferisce un caso curioso, in cui un paese pubblica ufficialmente nella sua lingua nazionale certe leggi di un paese straniero: in seguito ad una convenzione 8 ottobre 1875 fra il Belgio e la Germania, che soppresse fra i due Stati la necessità dei certificati di *coutume* per i matrimoni dei loro nazionali, il Monitore belga pubblicò il 15 nov. 1877 la traduzione della legge germanica sullo stato civile (*Pand. belges* V° Certificat en general n° 170 et suivants). Tale sistema non è storicamente nuovo, pare anzi che all'epoca statutaria fosse più volte usato. Il CARPANO nel suo commentario alle Leges et statuta ducatus mediolanensis (Mediolani 1616) pag. 15, dopo avere al n° 510 posto il principio che « statutum non indiget aliqua productione in loco ubi viget, sed sufficit alligare », nel successivo n° 512 fa eccezione per il caso che gli statuti « alligentur in alio loco quam in eo in quo fuere confecta *vel ubi non sunt inserta in corpore statutorum illius loci*, quia tunc debent produci ».

Ora la mancanza di questa conoscenza necessaria, piuttosto che indurre soltanto alla ricerca dei mezzi atti a supplirvi, fu causa di un grave errore, che sbandito ormai quasi completamente dal campo della dottrina continua a perpetuarsi in quello della giurisprudenza. Dalla impossibilità di supporre che il giudice conosca tutte le leggi del mondo si è voluta dedurre la mancanza per lui di un obbligo preciso ed assoluto di applicarle, anche quando l'applicazione ne sia imposta da una norma di diritto internazionale privato; si è voluto limitare l'obbligo al caso che il giudice abbia o sia giunto ad avere sicura conoscenza della legge straniera e per togliergli la cura di giungere da sè solo a questo risultato il diritto straniero si ridusse alla condizione di un semplice fatto, la cui prova dev'essere fornita dalla parte interessata [1].

[1] Vedi in Meili op. cit. vol. I pag. 136-141 e in Darras, De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère (*Journal* 1901 pag. 209-231, 442-456 e 672-680) pag. 447-8 in nota, numerose indicazioni bibliografiche sulle due opposte correnti, l'una che considera il diritto straniero come un vero e proprio diritto che s'impone al giudice e l'altra che lo considera come un fatto. Fra queste due non vi può essere posto per alcuna intermedia, come quella che non si sa su quali basi ha voluto inaugurare il Sachs (*Revue de droit intern.* 1874 pag. 233 nota 1), il quale considera il diritto straniero come una convinzione scientifica, che può e deve essere procurata al giudice. Tale opinione è presso di noi seguita dall'Elena op. cit. pag. 183-4.

È difficile pensare a qualche cosa di più stranamente contradittorio! La semplice difficoltà pratica, che incontra il giudice nel venire a conoscenza delle leggi straniere, trasforma queste da espressioni giuridiche in puri dati di fatto soggetti esclusivamente all' iniziativa delle parti; ma una volta quella difficoltà superata i dati di fatto si trasformano ancora in espressioni giuridiche, cioè dimostrati dalle parti l' esistenza e il tenore di una legge straniera, questa cessa di essere considerata come un fatto per fungere la funzione sua propria di stregua del giudizio. Per colmare infine la misura della contraddizione, una volta applicata come norma decidente la legge straniera ritorna alla sua prima condizione di semplice fatto e a tal titolo si nega sulla sua applicazione il sindacato della Corte suprema.

Il sistema, per cui la legge straniera è considerata come un fatto la cui prova incombe a chi l' invoca, ha le sue origini nell' epoca statutaria [1] e pure perpetuandosi per la forza della tradizione fino ai nostri giorni ha qua e là nella pratica attuale subito varii temperamenti. Non sempre si porta il principio fino alle sue ultime conseguenze; così non sempre si obbliga il giu-

[1] Cfr. CATELLANI op. cit. 2ª ediz. vol. I pag. 341 e il CARPANO citato precedentemente a pag. 443 nella nota 2.

dice a decidere esclusivamente *secundum alligata et probata* e a rigettare la domanda nel caso di insufficienza di prova: spesso gli si accorda la facoltà di usare della sua personale conoscenza della legge straniera e talora anche di procedere d'ufficio a delle proprie investigazioni.

Affermato il concetto, sul quale non è data possibilità di discussione, che il giudice è tenuto ad applicare la legge straniera indicata dalle norme di conflitto del suo Stato [1], è giusto tener conto del fatto che egli trova gravi difficoltà ad acquistarne conoscenza [2]. L'applicazione rigida rispetto alle leggi straniere della massima *jura novit curia* non sarebbe nè possibile nè logica senza un tale ordinamento ad opera dello Stato, che offrisse al giudice la notizia sicura delle leggi straniere come già gliel'offre rispetto alle leggi

[1] Su quest'obbligo del giudice, che ormai è quasi universalmente accolto, vedi le giuste osservazioni del Rolin op. cit. vol. I pag. 783-4.

[2] Tali difficoltà possono dirsi oggi diminuite, ma non eliminate dagli sforzi fatti dai governi e dai privati per diffondere la conoscenza delle leggi straniere. Vedi su ciò le numerose indicazioni offerte dal Darras in *Journal* 1901 pag. 217-223. Ne risulta che l'Italia è assai più indietro della Francia, della Germania, dell'Inghilterra. Nulla è presso di noi l'opera del governo, scarsissima quella dei privati; assai arretrata è la pubblicazione di codici stranieri; una sola pubblicazione periodica esiste, la *Rivista di legislazione comparata* fondata e diretta a Palermo da A. Todaro della Galia, che è ora al suo terz'anno di vita.

nazionali. La coscienza dell' enorme manchevolezza in tale compito statuale non può non agire sul legislatore e sul giureconsulto, quando entrambi nella rispettiva sfera di competenza si facciano a risolvere il nostro problema. Così il concetto teorico che il diritto straniero s' impone al giudice colla stessa pretesa al rispetto e all' osservanza, che può vantare il diritto nazionale, deve conciliarsi coll' uso di tutti i mezzi di prova, che suppliscano al compito troppo imperfettamente o affatto eseguito dallo Stato di dare notizia del diritto straniero. Da questo punto di vista non è punto inconseguente, come è parso ad alcuno (1), accettare agli effetti della prova il concorso delle parti: si tratta, come ben dice il von Bar, di una specie di necessità di fatto, di un' assistenza necessaria (2).

Disposizioni esplicite, che addossano alla parte interessata l' obbligo di provare l' esistenza e il tenore della legge straniera, esistono in Grecia (art. 245 § 3 Cod. proc. civ.) (3), nel Portogallo (art. 2406 Cod. civ.), nella repubblica Argentina

(1) Elena op. cit. pag. 181-2.

(2) von Bar op. cit. vol. I pag. 136.

(3) La giurisprudenza della Cassazione ha dichiarato che le leggi greche al tempo della dominazione turca sono da considerare agli effetti della prova come leggi straniere. Vedi Leske u. Loewenfeld II, 9 nota 1 e per la più recente giurisprudenza *Journal* 1901 pag. 845.

(art. 13 Cod. civ.), nel Messico (art. 19 Cod. civ. e art. 1197 Cod. com.), nella Costarica (art. 11 Cod. civ.) e nel Guatemala (art. 16 Cod. civ.) [1].

Lo stesso principio è diritto consuetudinario in Inghilterra, dove la legge straniera, in quanto differisca dalla legge inglese, deve essere provata da colui che l'invoca come un fatto e come tale è al giurì che spetta decidere della prova che ne sarà data, dovendo il giudice limitarsi a far conoscere al giurì di qual paese debbasi applicare la legislazione. La prova deve esser data ogniqualvolta la legge viene invocata da una parte, nonostante la conoscenza che il tribunale possa averne acquistata per effetto della prova fattane in occasioni anteriori, in quanto nell'intervallo quella disposizione potrebbe essere stata modificata nella sua essenza o nella sua interpretazione da una nuova legge o da una nuova giurisprudenza. I giudici infine non possono de-

[1] La forma di tutte queste disposizioni è semplicemente quella riferita nel testo e per tutte identica tranne che per quella contenuta nell'art. 13 Cod. civ. argentino, che è del seguente tenore: « La aplicacion de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrà lugar sinó á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exeptérance las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, ó en virtud de ley especial ».

durre la loro conclusione da testi stranieri non citati e provati ([1]).

Anche negli Stati Uniti d'America vale il principio che la legge straniera, come materia di fatto, deve essere provata alla Corte di giustizia, la quale non si presume che ne abbia conoscenza e non è tenuta ad acquistarla da sè. La stessa regola prevale anche nei rapporti fra i diversi Stati dell'Unione, le cui leggi da questo punto di vista sono considerate come straniere l'una all'altra ([2]).

Lo stesso sistema, con poca varietà di dettagli, è seguito anche in paesi dove non esiste al riguardo alcuna norma di diritto scritto o consuetudinario: così in Francia ([3]), nel Belgio ([4]), nella Spagna ([5]), in Italia.

([1]) WESTLAKE op. cit. §§ 353, 354 e 355; FOOTE, A concise treatise on private international jurisprudence, 3ª ediz. London 1904 pag. 533-6.

([2]) MOORE in DICEY op. cit. pag. 719. La giurisprudenza americana è arrivata a considerare come legge straniera, abbisognante quindi di prova, persino la legge della Gran Brettagna vigente nei paesi dell'Unione prima della Dichiarazione di indipendenza. Sui mezzi di prova riconosciuti validi nella pratica vedi le indicazioni fornite dal DARRAS in *Journal* 1901 pag. 672-3.

([3]) Vedi le numerose indicazioni di giurisprudenza date dal WEISS op. cit. vol III pag. 166 e segg. e dal DARRAS in *Journal* 1901 pag. 674-7. La più moderna dottrina francese è quasi tutta contraria alla teoria seguita dalla giurisprudenza.

([4]) Vedi ROLIN op. cit. vol. I pag. 783 e segg.

([5]) DARRAS in *Journal* 1901 pag. 672.

In un discorso fatto alla Camera dei deputati come ministro guardasigilli il Mancini disse che la legge straniera deve trattarsi come un fatto qualunque, la cui prova incomba alla parte che vuole invocarla ed affermò che il silenzio del nostro codice non è effetto di dimenticanza, ma della riconosciuta impossibilità di formulare un sistema di prove che corrisponda all' infinita varietà dei casi pratici, essendo paesi in cui la legislazione è codificata ed altri in cui vige il diritto consuetudinario e, anche trattandosi di leggi scritte, in molti casi la materiale conoscenza del testo di esse non bastando perchè il giudice straniero possa penetrarne lo spirito, poichè a ciò è necessaria la conoscenza dell' intera legislazione che forma un tutto complesso ed armonico (¹).

L' opinione nel Mancini è stata costantemente seguita dalla nostra giurisprudenza, la quale dal silenzio del legislatore si sente autorizzata ad assimilare la prova del diritto straniero alla prova di un fatto e a giudicare con pienezza di arbitrio della sufficienza di tale prova offerta dalla parte interessata (²). La maggior parte della

(¹) Atti parlamentari della XIII legislatura. Discussioni vol. III pag. 2413.

(²) Vedi tale giurisprudenza in CATELLANI op. cit. 1ª ed. vol. III pag. 803; MATTIROLO op. cit. vol. VI n° 1219 e segg.; LESSONA, Teoria delle prove vol. I n° 153 e « La preuve des lois étrangères » in *Rev. de droit. intern.* 1895 pag. 548-550;

nostra dottrina parte invece dal concetto che il giudice debba acquistare d' ufficio conoscenza della legge straniera e anche se adotta in principio il concetto contrario non lo porta alle sue ultime conseguenze, ammettendo che il giudice possa far uso della sua personale conoscenza, ordinare alle parti una più ampia istruzione ed inquirere egli stesso d' ufficio (1).

La Loggia op. cit. pag. 307 nota 1. Si possono aggiungere le più recenti sentenze Trib. Napoli 30 dic. 1898 (Giur. it., 1899, I, 2, 241), App. Milano 25 gennaio 1899 (*Riv. di dir. intern.* 1900 pag. 184), App. Genova 28 marzo 1899 (*Riv. di dir. intern.* 1899 pag. 347), Trib. Como 7 nov. 1899 (*Riv. di dir. intern*, 1899 pag. 556), Cass. Torino 26 marzo 1904 (*Legge* 1904 pag. 1479), Cass. Firenze 30 gennaio 1905 (*La Temi* 1905 pag. 174). Notevoli queste due ultime sentenze, le quali dichiararono che il ricorso per cassazione, con cui si denuncia la violazione di una legge straniera, deve essere a pena di inammissibilità accompagnato dalla produzione della legge stessa: in entrambi i casi la legge che si pretendeva violata e per la cui conoscenza le supreme Corti invocavano l' ausilio delle parti era nientemeno che il Codice di procedura civile francese! Contro l' applicabilità al caso della violazione di una legge straniera dell' art. 528 n° 2 Cod. proc. civ. vedi più di recente Cass. Napoli 20 maggio 1904 (*Legge* 1904 pag. 1490).

La nostra giurisprudenza, a differenza di quella di altri paesi già ricordati, ha costantemente ammesso che il diritto anticamente in vigore in qualche parte d' Italia non deve essere provato come il diritto straniero dalla parte l' invoca: vedi le sentenze citate dal La Loggia op. cit. pag. 316 nota 2.

(1) Vedi le citazioni fatte dal La Loggia op. cit. pag. 309 nota 1. Fra gli autori che più di recente hanno accolta

Quest' ultimo temperato sistema vige in alcuni paesi per ordine espresso del legislatore. Così in Germania secondo l' esplicita disposizione del § 293 del C. P. O. del 1898 (corrispondente al § 265 del C. P. O. del 1877) il giudice è tenuto ad applicare senz' altro la legge che egli conosce; se non ha questa conoscenza la parte interessata deve procurargliela; ma egli può ciononostante illuminarsi come meglio crede ed ordinare prove *ex officio* (1).

invece la teoria seguita dalla giurisprudenza sono da ricordare lo stesso LA LOGGIA pag. 298 e i proff. CHIRONI ed ABELLO op. cit. vol. I pag. 41.

(1) Ecco il testo del § 293: « Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen ». Il Bürgerliches Gesetzbuch sassone al § 172 disponeva: « Im Inlande bekannt gemachte Gesetze bedürfen keines Beweises. Ausländische Rechte hat derjenige zu beweisen, welcher sich darauf beruft; sie können aber ohne diesen Beweis von dem Richter angewendet werden, wenn sie ihm glaubhaft bekannt geworden sind ». Per la dottrina e la pratica consulta: MITTERMAIER, Ueber den Beweis ausländischer Gesetze in Rechtsstreitigkeiten (*Arch. für civ. Praxis* XVIII pag. 67-87); SACHS, (*Rev. de droit. intern.* 1874 pag. 231-4); LANGENBECK, Beiträge zur Lehre von dem Beweise fremder Rechte vor inländischen Gerichten (*Arch. für civ. Praxis* XLI pag. 129-160); GOLDSCMIDT, Handbuch des Handelsrechts 2ª ediz. Stuttgart

Egualmente iu Austria per il § 271 del C. P. O. del 1 agosto 1895 il diritto straniero non ha bisogno di essere provato che in quanto non è conosciuto al tribunale; questo poi non è vincolato alle prove offerte dalle parti, ma può procedere d'ufficio a tutte le investigazioni che gli sembrino necessarie e in modo speciale richiedere l'intervento del ministro della giustizia (1).

In Russia secondo l'art. 709 Cod. proc. civ. la

1875 vol. I § 38 pag. 383-7; von Bar op. cit. vol. I pag. 132-144; Niemeyer, Vorschläge und Materialien pag. 78-9; Zitelmann op. cit. vol. I pag. 287-291; Schmidt op. cit. pag. 356-8; Bunsen op. cit. pag. 356-7. Per la più recente giurisprudenza vedi Reichsgericht 15 gennaio 1899 (*Journal* 1900 pag. 376).

(1) Ecco il testo del § 271: « Das in einem anderen Staatsgebiete geltende Recht, Gewohnheitsrechte, Privilegien und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien angebotenen Beweise nicht beschränkt, es kann alle zu diesem Zwecke ihm nötig scheinenden Erhebungen von Amtswegen einleiten und insbesondere, soweit erforderlich, das Einschreiten des Justizministers in Anspruch nehmen ». Questa disposizione sostanzialmente non ha fatto che codificare la pratica della Suprema Corte di Vienna, come risulta per es. dalle sentenze 25 febbraio 1880 (*Journal* 1886 pag. 467), 24 gennaio 1894 e 11 giugno 1895 (*Zeitschrift für intern. Privat-und Strafrecht* 1894 pag. 288 e 1895 pag. 518). Su questa pratica precedente al nuovo C. P. O. e sulle disposizioni vigenti nelle altre parti dell'impero austro-ungarico vedi Jettel op. cit. pag. 10; Vesque von Püttlingen op. cit. pag. 127-9; von Canstein op. cit. vol. II pag. 276-7.

parte interessata all'applicazione del diritto straniero deve riferirvisi esplicitamente e stabilirne il valore e la portata, ma il tribunale è autorizzato a procurarsene da sè la conoscenza assumendo notizie o direttamente o per mezzo del ministero degli affari esteri [1].

Il principio, che gode i migliori e maggiori suffragi dottrinali, si trova nella sua purezza legislativamente affermato soltanto nella Svizzera. Quivi l'art. 2 capov. della legge federale 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei cittadini stabiliti o in soggiorno determina che il giudice è obbligato ad applicare d'ufficio il diritto di un altro cantone; ma poichè l'art. 32 rende per analogia applicabili le disposizioni della legge anche agli stranieri che dimorano in Svizzera, così la norma dell'art. 2 capov. internazionalmente suona: « il giudice è tenuto ad applicare d'ufficio il diritto di un altro Stato » [2]. Tuttavia la legge del 1891 si riferisce solamente al campo intercantonale e internazionale del diritto delle persone, del diritto di famiglia e del diritto di successione; ed entro questa sfera di efficienza son tolte di mezzo tutte le norme di leggi cantonali che sono in opposizione con la legge federale;

[1] LESKE u. LOEWENFELD II, 572. Vedi anche Senato dirigente 10 aprile 1896 in *Journal* 1896 pag. 206.

[2] MEILI op. cit. vol. I pag. 147.

ma per tutte le materie, che sono estranee a quest' ultima, valgono le varie norme contenute nelle legislazioni cantonali sulla prova del diritto straniero ([1]). Ora alcune di queste legislazioni dispongono espressamente che il diritto straniero deve essere provato da chi vi si riferisce: così il § 7 del Cod. civ. del cantone di Lucerna, il § 7 del Codice del cantone di Nidwalden, il precetto 5° del Cod. civ. di Berna modificato dal § 281 della legge processuale, il § 98 della legge processuale di Appenzel, l'art. 34 del Cod. proc. civ. ticinese del 1899. In altri cantoni è affermato il principio che il giudice deve applicare di ufficio il diritto straniero se egli lo conosce e che altrimenti le parti devono dimostrarglielo: così i §§ 289 e 340 della legge processuale civile di Zurigo e l'art. 109 della legge processuale civile di S. Gallo del 1900. Negli altri cantoni — e sono il maggior numero — dove non esiste alcuna espressa disposizione legislativa, pare sia nella pratica preferibilmente seguito il sistema dell'accertamento di ufficio ([2]).

Il sistema, che con tanta costanza abbiamo visto seguito nella pratica dei diversi paesi, ha una delle sue più importanti conseguenze nella determinazione dei mezzi di prova. Consideran-

([1]) Meili op. cit. vol. I pag. 148.
([2]) Meili op. cit. vol. I pag. 149-151.

dosi infatti la legge straniera come un fatto, in massima vengono ad essa applicati gli stessi principi, che intorno alla prova dei fatti nel processo sono consacrati nella *lex fori*. Alcuni dei mezzi di prova dei fatti sono tuttavia oggetto di vive discussioni. Così vengono generalmente esclusi il giuramento, la confessione e l'accordo delle parti (1). Assai discussa, quanto al diritto scritto, è la prova testimoniale; accolta invece con generale favore la prova peritale (2). Per eli-

(1) LAURENT op. cit. vol. II n[i] 269 e 270; JETTEL op. cit. pag. 10; VON CANSTEIN op. cit. vol. II pag. 277; VON BAR op. cit. vol. I pag. 137-8; BUNSEN op. cit. pag. 357 nota 4; LESSONA op. cit. vol. I n° 160. Il ROLIN op. cit. vol. I pag 791 crede che l'accordo delle parti sia eccezionalmente ammissibile quando si tratta di diritto consuetudinario o di diritto straniero suppletivo, la cui applicazione cioè dipende dalla volontà delle parti in virtú del principio dell'autonomia. Molto interessanti in proposito la giurisprudenza tedesca (VON BAR op. e vol. cit. pag. 134) e quella svizzera (MEILI op. cit. vol. I pag. 152-3), in quanto vedono una tacita sottomissione delle parti al diritto interno nel fatto che esse tralasciano di riferirsi al diritto straniero, avvalendosi così dell'accordo delle parti soltanto a favore dell'applicazione della *lex fori*.

(2) Tale prova è costantemente ammessa dalla pratica inglese. Il perito, per la cui attestazione una legge straniera è provata, non deve essere necessariamente un giudice o un legista pratico, potendo essere qualunque individuo che sia *peritus virtute officii*, per es. un agente diplomatico o consolare straniero. Vengono quindi esclusi i semplici privati o i legisti indigeni, la cui conoscenza delle leggi straniere derivi dall'averle studiate in una Università straniera. Cfr.

minare gl' inconvenienti di quest' ultimo mezzo di prova, consistenti sopratutto nella possibile divergenza delle attestazioni peritali introdotte dalle due parti (1), e per dare alla prova stessa il maggior carattere di credibilità si vorrebbe che l'attestazione provenisse da un' autorità straniera a ciò competente. Ma in molti paesi non esistono autorità che abbiano tale competenza; così è per es. in Italia, dove neppure ai consoli si riconosce la facoltà di rilasciare attestati sul tenore delle leggi straniere vigenti nel paese dove compiono la loro missione. (2). Certo simile facoltà non può ammettersi nell' autorità giudiziaria, la quale diventando anche corpo consultivo verrebbe nel modo più evidente ad esorbitare dalle sue funzioni (3).

WESTLAKE op. cit. § 357, DARRAS in *Journal* 1901 pag. 451, e FOOTE op. cit. pag. 536-7; in senso contrario WHARTON op. cit. § 775.

(1) Cfr. ELENA op. cit. pag. 189-190.

(2) Cfr. PIERANTONI, Della prova delle leggi straniere nei giudizi civili, nel *Filangieri* 1883 pag. 453-6. Sulla pratica internazionale circa la validità dei *certificats de coutume* rilasciati dai consoli stranieri vedi WESTLAKE op. cit. § 357; DARRAS art. cit. pag. 675 nota 4 e pag. 676; MEILI op. cit vol. I pag. 158; app. Palermo 30 ag. 1875 (*Legge* 1876, I, 54) Reichsgericht germanico 22 giugno 1893 (*Journal* 1894 pag. 570).

(3) Cfr. LAURENT op. cit. vol. II n° 267 pag. 482; VON BAR op. cit. vol. I pag. 140-1; ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 290-1; FIORE op. cit. vol. I pag. 263; PIERANTONI art. cit. pag. 458;

Per quanto gli accennati mezzi probatorii possano considerarsi per se stessi sufficienti per dare al giudice la convinzione sulla norma di diritto straniero applicabile [1], tuttavia a questo fine meglio che ogni altro mezzo serve la produzione di una copia autentica della legge straniera [2].

Non di rado i legislatori hanno avvisato all' insufficienza dei mezzi di prova normali a disposizione delle parti o dell' autorità giudiziaria e pure lasciando inalterato il principio fondamentale del sistema hanno predisposto dei mezzi speciali, che diano maggior carattere di sicurezza al diritto applicabile. Alcuni di questi mezzi non

LESSONA op. cit. vol. I pag. 146-7; ELENA op. cit. pag. 191; DARRAS art. cit. pag. 413; MEILI op. cit. vol. I pag. 157-8. Alcuni di questi autori ritengono sarebbe ottimo e consigliabile sistema quello di attribuire alle Corti di giustizia mediante accordi internazionali la facoltà di rilasciare attestazioni sul diritto che esse sono chiamate ad applicare. Ma qualunque apprezzamento debba farsi di tale progetto, certo attualmente in mancanza di trattati le Corti non possono riconoscersi quella facoltà: cfr. le saggie osservazioni della Cass. Torino 6 febbraio 1886 (*Legge* 1886, I, 548).

[1] Vedi in LA LOGGIA op. cit. pag. 312 nota 2 le divergenze esistenti in proposito nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. Da ultimo la Cassazione penale con sent. 27 gennaio 1905 (*Legge* 1905 pag. 998) ritenne che il giudice non possa desumere la conoscenza della legge straniera che dal testo di essa ufficialmente pervenuto ed autentico, senza possibilità di equipollenti.

[2] Vedi LESSONA op. cit. vol. I pag. 151-2.

eccedono il campo interno; così nell'impero austro-ungarico in virtù del § 282 della patente imperiale 9 agosto 1854, del § 544 C. P. O. ungherese e del 130 C. P. O. per la Bosnia il ministero della giustizia è autorizzato a rilasciare alle magistrature dell'impero una attestazione contenente soltanto il tenore della norma straniera senza applicazione al caso speciale [1]. In Serbia secondo l'art. 148 della legge di procedura relativa agli affari non contenziosi « l'estratto di una legge in vigore in Serbia è rilasciato dal ministro della giustizia alle persone che vogliono farla valere per reclamare o difendere i loro diritti in un paese straniero; l'estratto deve contenere l'indicazione esatta della legge in vigore e il tenore letterale della disposizione legale, senza commentario nè applicazione ad un caso determinato » [2].

Talora i mezzi speciali di prova presuppongono rapporti internazionali: così il ministero della giustizia in Russia su domanda presentata in forma diplomatica accorda ai tribunali stranieri notizia sulle disposizioni del diritto russo [3].

[1] JETTEL op. cit. pag. 11. Cfr. ivi a pag. 12 e in WALKER op. cit. pag. 39 le discussioni circa l'obbligatorietà delle comunicazioni fatte dal ministro dalla giustizia sull'esistenza e il tenore delle leggi straniere, particolarmente all'effetto di stabilire la reciprocità.

[2] PAVLOVITSCH in *Journal* 1881 pag. 153.

[3] LESKE u. LOEWENFELD II, 572 nota 6.

E qualche volta quei rapporti internazionali presupposti consistono in trattati; così per esempio in Inghilterra, dove una legge del 17 maggio 1861 autorizza le corti superiori britanniche, nel caso che un trattato internazionale lo permettesse loro, a domandare l'avviso di una corte straniera sul diritto applicabile ad una data controversia, mentre esse possono nello stesso caso dare il loro avviso sul diritto applicabile a una contestazione di cui sia investito un tribunale straniero (1). È da notare tuttavia che questa legge manca di alcun pratico significato, poichè nessuno dei trattati da essa previsti è stato mai concluso (2).

È stato bene osservato che la pratica effica-

(1) Una legge del 13 agosto 1859 sancisce lo stesso sistema fra i vari territori posti sotto il dominio inglese: ogni tribunale di qualunque dei *dominions* britannici può consultare una Corte superiore di ogni altra parte degli stessi *dominions* intorno al diritto che secondo la legislazione vigente in quest'ultimo territorio risulterebbe dai fatti menzionati nella domanda. Le parti possono essere sentite davanti alla Corte della quale si richiede il parere e il tribunale che lo ha richiesto deve applicarne i risultamenti come prova, concludente o no secondo che il tribunale giudicherà conveniente, del diritto che esso dichiara Tuttavia, quando la controversia sia portata in grado di appello, nè la Camera dei Lordi nè il Consiglio privato saranno tenuti a seguire un tale parere dato da una Corte inferiore. Le due leggi del 1859 e del 1861 sono integralmente riferite dal FOOTE op. cit. pag. 542-6.

(2) FOOTE op. cit. pag. 538 nota (*a*).

cia delle norme di conflitto dipende in massima parte da quelle relative alla conoscenza e alla prova del diritto straniero ([1]). Ed è pur véro che mentre per virtù di leggi e di trattati si è sempre andata estendendo l'efficacia estraterritoriale del diritto, nulla si è fatto per sviluppare organi ed istituti atti a rendere praticamente concreta quella efficacia ([2]). Per colmare questa lacuna si son fatti molti progetti, il migliore dei quali mi sembra ancora quello del Laurent, per cui gli Stati dovrebbero impegnarsi a comunicarsi reciprocamente le loro leggi, in ispecie quelle che sono suscettibili di un qualunque valore estraterritoriale ([3]). Ogni Stato poi dovrebbe costituire presso il proprio ministero di grazia e giustizia un ufficio di legislazione comparata, il quale oltre i servigi inapprezzabili che potrebbe rendere alla scienza e alla politica legislativa avrebbe il

([1]) CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 798-9.

([2]) CATELLANI op. e vol. cit. pag. 810.

([3]) LAURENT op. cit. vol II n° 272 pag. 497. Vedi anche CATELLANI op. e vol. cit. pag. 809-810. Attualmente gli Stati (e fra essi l'Italia) sono legati da molti accordi internazionali per la comunicazione delle pubblicazioni officiali (DARRAS in *Journal* 1901 pag. 226-7). Il più importante è quello concluso a Bruxelles il 15 marzo 1886 fra il Belgio, il Brasile, la Spagna, gli Stati Uniti d'America, l'Italia, il Portogallo, la Serbia e la Svizzera; a cui più tardi, dopo le ratifiche scambiate a Bruxelles il 14 gennaio 1889, accedettero l'Uruguay e l'Argentina.

compito essenziale di dare ai magistrati ed alle parti notizia delle leggi straniere. Tale compito andrebbe perfezionato mercè la traduzione dei testi stranieri e mercè la raccolta della più importante dottrina e giurisprudenza straniere, che servano a illuminare su l'applicazione delle norme giuridiche (1).

L'Istituto di diritto internazionale, riprendendo

(1) Uffici di legislazione comparata esistono in molti Stati (vedi DARRAS in *Journal* 1901 pag. 224-5). Così in Francia con decreto 27 marzo 1876 fu istituito presso il Ministero della giustizia un comitato collo scopo di fare una collezione delle leggi straniere e di tradurre e pubblicare i più importanti Codici stranieri. E sinora il Comitato ha reso dei servizi veramente inapprezzabili sia alla scienza che alla pratica giudiziaria. In Italia fu istituito con R. D. 31 dic. 1876 su proposta del Guardasigilli di allora on. Mancini. Successivamente perse il suo originario carattere e si trasformò in ufficio legislativo colla competenza limitata di preparare i progetti di legge del Ministero di G. e G. Un progetto d'iniziativa parlamentare, dovuto agli on. Sorani, Di Stefano e Bianchi e presentato alla Camera dei deputati nella seduta del 24 maggio 1902, non ebbe mai l'onore della discussione. Tale progetto assegnava all'ufficio istituendo presso il Min. di G. e G. lo scopo di seguire il movimento legislativo e giuridico scientifico in Italia e all'estero e di raccogliere e coordinare le leggi e i Codici vigenti nei diversi Stati, nonchè di rilasciare certificati sull'esistenza e il contenuto di leggi italiane e straniere con forza probante in giudizio sino a prova contraria. Vedi il progetto inserito in TODARO DELLA GALIA, Lo stato presente degli studi di legislazione comparata in Italia, Palermo, 1902.

l' idea del Laurent, nella sessione di Bruxelles del 1885 propose che gli Stati s' impegnassero a comunicarsi le loro leggi e che un comitato internazionale permanente fosse istituito allo scopo di ricevere le leggi comunicate, di conservarle e di farne una classificazione sistematica (1). Nella sessione di Heidelberg del 1887 esso ritornò su questo progetto modificandolo nel senso che le leggi e i relativi documenti comunicati fossero in ciascuno Stato riuniti in un deposito centrale reso accessibile al pubblico (2). Finalmente nella sessione di Amburgo del 1891, tornato ancora una volta sull' argomento, dichiarò che nello stato attuale della scienza del diritto e dei rapporti internazionali e in presenza del maggior numero di leggi elaborate nei paesi civili, la prova delle leggi straniere non può essere una questione di fatto abbandonata all' iniziativa delle parti e in conseguenza propose che per accordi internazionali gli Stati si obbligassero ad applicare delle regole generali ed uniformi in sostituzione delle diverse pratiche ora in vigore (3).

(1) *Annuaire* VIII pag. 234-272.

(2) *Annuaire* IX pag. 311 e 312.

(3) *Annuaire* XII pag. 328 e segg. Le regole uniformi proposte dall' Istituto sono le seguenti:

a) Quand, dans un procès civil, il y a nécessité d' appliquer une loi étrangère sur l' existence et le sens de laquelle les parties ne sont pas d' accord, le juge, le tribunal

Tali proposte sono ancora allo stato di semplici voti. Le Conferenze dell'Aja, così benemerite per l'unificazione del diritto internazionale privato, non si sono preoccupate di dare quello che parrebbe un necessario complemento dell'opera loro, risolvendo la questione relativa alla prova in giudizio delle leggi straniere [1]. La terza

ou la cour, sur la demande des parties ou d'office, déclarera, dans une décision préparatoire, quels sont les lois ou les points de droit nécessaires pour vider l'affaire.

b) Le juge ou le président délivrera, dans le plus court délai possible, des lettres rogatoires qui, par l'intermédiaire du ministère de la justice et du ministère des affaires étrangères, seront remises au ministère de la justice de l'État dont on veut connaître les lois ou certaines points de droit.

c) Le ministère de la justice de ce dernier État repondra à la demande faite, en s'abstenant de tout conseil ou avis sur toute question de fait, et en se bornant à attester l'existence et la teneur des lois.

d) Dès que les textes des lois et les certificats auront été remis au tribunal, ils seront déposés au greffe, et, sous requête de la partie la plus diligente, la procédure reprendra son cours.

Una storia particolareggiata dei lavori dell'Istituto, insieme ad un esame critico delle sue varie deliberazioni, si può trovare in Catellani op. e vol. cit. pag. 814-824.

Sugli studi iniziati con intenti scientifici e pratici insieme dal Congresso di diritto comparato, che ebbe luogo a Parigi nel 1900, vedi Darras in *Journal* 1901 pag. 216 nota 2.

[1] Tale complemento fu dato invece dal congresso sudamericano di diritto internazionale privato nel protocollo addizionale ai trattati di Montevideo, in cui si dispone (art. 2)

Conferenza ebbe ad occuparsi semplicemente di un progetto di *Dispositions concernant la délivrance de certificats sur la législation en vigueur dans un Etat*, che era stato a lei sottoposto dal delegato austriaco Schumacher [1], limitandosi

che le leggi degli Stati contraenti saranno applicate d'ufficio dal giudice della causa senza pregiudizio per le parti di potere allegare e provare l'esistenza e il contenuto della legge invocata (vedi *Rev. de droit intern.* 1889 pag. 576).

[1] Tale progetto, riferito negli Actes de la troisième Conférence de la Haye pag. 60, è del seguente tenore:

Art. 1. En matière civile et commerciale le gouvernement d'un État pourra demander au gouvernement d'un autre État la délivrance d'un certificat officiel sur le texte et la validité de lois de ce dernier État.

Art. 2. Le gouvernement auquel cette demande a été adressée, sera obligé d'y satisfaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit de dispositions de loi encore en vigueur, ou de dispositions qui auraient été en vigueur à une époque antérieure. Cette obligation existe non seulement au cas ou les textes de loi sur lesquelles le certificat doit porter sont expressément designés, mais également du moment que la demande a pour objet d'obtenir des renseignements sur les dispositions de loi qui, dans l'État requis, règlent certaines matières ou certaines institutions.

Art. 3. L'obligation de délivrer de pareils certificats est limitée à l'indication et à la reproduction des textes, le cas échéant à l'affirmation du fait qu'il n'existe pas dans le pays de dispositions de loi directement applicables à un sujet juridique déterminé.

Art. 4. Aucun gouvernement n'est tenu de donner des commentaires sur la loi ou de s'expliquer sur son application à un cas déterminé. Cependant le gouvernement d'un État sera informé à sa demande, si et en quel

dopo breve discussione preliminare ad emettere il voto che il governo olandese trasmettesse agli Stati rappresentati, quando credesse opportuno, il progetto stesso con tutti gli studi relativi ([1]).

9. — Quando il giudice in un modo o nell' altro, secondo l' uno o l' altro dei sistemi già enunciati, ha acquistata la materiale conoscenza del diritto straniero, egli deve procedere alla sua applicazione come se fosse egli stesso giudice nello Stato straniero. Assai giustamente lo Zitelmann specifica questo generale principio direttivo dicendo che anzitutto secondo il diritto straniero si deve giudicare delle condizioni di esistenza e

sens dans l' État auquel la demande a été adressée, il s' est formée au sujet d' une certaine loi une jurisprudence interprétative constante.

Art. 5. Les demandes et les réponses seront transmises par la voie diplomatique à moins que la communication directe ne soit admise. Les certificats seront délivrés dans la langue des autorités requises. La traduction dans une langue étrangère ne sera fournie qu' à la demande qui en aura été faite expressément et à la charge du remboursement des frais de traduction. Il ne sera pas nécessaire d' authentifier les certificats par une légalisation spéciale, pourvu que le document soit revêtu de la signature et du sceau de l' autorité qui les délivre.

Art. 6. Les États qui ont consenti aux Conventions de Droit international privé proposées par la Conférence de la Haye s' obligent réciproquement à se communiquer le texte officiel des lois qu' ils établiront à l' avenir concernant les mêmes matières.

([1]) Actes citati pag. 190-2, 205-6, 246.

di validità di una norma giuridica, consuetudinaria o scritta; rispetto a quest' ultima in ispecie secondo il diritto pubblico dello Stato straniero e non secondo il proprio il giudice deve decidere se esistono i presupposti per la valida formazione della legge. Anche la misura del suo diritto d'esame per questo rapporto il giudice deve prenderla dal diritto pubblico straniero, in quanto la questione del diritto d'esame da parte del giudice non è che una diversa espressione di questa altra questione: quali principî giuridici secondo la volontà dell' ordinamento giuridico straniero devono valere come diritto applicabile? Secondo il diritto straniero il giudice deve pure decidere se un principio giuridico tuttora esista oppure sia stato abolito e risolvere infine tutte le questioni ralative alla cosiddetta collisione delle leggi nel tempo (¹).

Dopo ciò le gravi difficoltà che il giudice può incontrare nella interpretazione del diritto straniero lo rendono ancora lontano dalla possibilità di una retta applicazione (²). Per soccorrere il giu-

(¹) ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 286-7.

(²) Certo molte di queste difficoltà sarebbero eliminate se lo Stato pensasse a diffondere per mezzo delle sue Università quegli studi di legislazione comparata, la cui utilità varia e molteplice non potrebbe mai essere abbastanza apprezzata. L' introduzione della legislazione comparata fra le materie d' insegnamento della Facoltà legale (vedi in LAM-

dice nell' opera interpretativa ed evitare il grave pericolo che egli applichi il diritto straniero secondo lo spirito della legislazione nazionale, il sistema delle prove deve proseguire quanto al suo oggetto dal testo del diritto straniero al modo di interpretarlo. A questo concetto appaiono più che negli altri paesi ispirate la legislazione e la pratica dell' Inghilterra. La richiesta, che secondo le convenzioni previste dalla legge del 1861 una Corte inglese può fare ad una Corte straniera, ha per oggetto di indicare l' applicazione di una norma di diritto ad un caso concreto e non di comunicare

BERT op. cit. pag. 45-8 l' elenco delle Università dei diversi Stati, dove tali cattedre sono istituite) non potrebbe certo avere per risultato di dare ai futuri magistrati una completa nozione di tutte le leggi straniere, che essi avranno poi occasione di applicare nell' esercizio delle loro funzioni giudiziarie, ma potrebbe dar loro un' utile conoscenza delle fonti dov' esse possono rintracciarsi; e oltre tutti gl' immensi vantaggi rispetto alla cultura giuridica in genere e alla migliore applicazione delle norme di conflitto (cfr. su ciò il mio studio altra volta citato in *Arch. giur.* vol. LXIX fasc. 2) essa avrebbe anche quello di mostrare il sistema e lo spirito delle legislazioni degli altri paesi, senza di che riesce talora impossibile, molto spesso difettosa, l' interpretazione di una singola norma legislativa. I futuri uomini di legge comincerebbero ad apprendere sin dai banchi della scuola che una norma non può essere bene intesa se non la si pone in raffronto con tutto il sistema legislativo di cui fa parte e che nulla di più pericoloso vi è che interpretare una legge straniera lasciandosi influenzare sia pure inconsciamente dallo spirito della legislazione nazionale.

semplicemente la norma di diritto stesso, tanto che se la risposta non appare soddisfacente la Corte inglese può domandare altre informazioni alla stessa Corte straniera, mantenendo od emendando la narrazione dei fatti, o consultare un' altra Corte dello stesso Stato straniero. Ove non esista una delle convenzioni previste dalla legge del 1861 o il magistrato non creda necessario usare della facoltà concessagli da tale legge, il diritto straniero deve essere provato mediante attestazione di periti (*experts*), i quali non devono limitarsi a produrre il testo della legge straniera, ma devono dichiarare il diritto che ne risulta per via d' interpretazione scientifica e giurisprudenziale ([1]). Qualunque sia il valore di queste prove ulteriori, esse non possono mai considerarsi come tali da vincolare l' interpretazione del giudice. Anche applicando il diritto straniero, osserva il Pillet, il giudice rende giustizia in nome e sotto la responsabilità dello Stato a cui appartiene; a lui quindi spetta di penetrare il senso della legge straniera

([1]) WESTLAKE op. cit. §§ 356 e 357. Cfr. la sent. 6 febbraio 1886 della Cass. Torino (*Legge* 1886, I, 518), la quale ritenne l' esistenza di una legge inglese efficacemente provata in Italia mercè di un certificato degli avvocati e procuratori di Londra accertante il diritto che risulta dal testo della legge per via d' interpretazione scientifica e giurisprudenziale.

per quanta importanza possano avere le opinioni dominanti nel paese straniero ([1]).

Dal principio generale, già da noi utilizzato, per cui di fronte al diritto obbiettivo straniero, che egli è obbligato ad applicare, il giudice si trova nella stessa posizione che di fronte al di-

([1]) PILLET op. cit. pag. 85. La Cass. Firenze 20 febbraio 1890 (*Rev. prat. de droit intern. privé* 1890-91 pag. 85) disse che per far prova di una legge straniera è insufficiente il certificato rilasciato dal capo di un ordine di avvocati del paese straniero per la ragione che, quando una legge straniera è invocata come fondamento di un diritto, i magistrati non devono applicarla sulla fede di un' altra persona o di un' altra autorità, qualunque sia il rispetto di cui essa è degna, ma devono determinarne essi stessi la vera portata. Vedi nello stesso senso Trib. Montpellier 28 gennaio 1895 (*Journal* 1895 pag. 618), Trib. sup. di Colonia 26 ottobre 1891 (*Zeitschrift für intern. Priv.-u. Strafrecht* 1894 pag. 63) e la pratica inglese riferita da WESTLAKE op. cit. § 358, dal DARRAS in *Journal* 1901 pag. 452 nota 3, e dal FOOTE op. cit. pag. 533-6. In senso contrario può ricordarsi una sent. 7 maggio 1901 della Corte di Douai (*Journal* 1901 pag. 810), la quale applicò a un testamento redatto nel Belgio l' interpretazione belga, differente dall' interpretazione francese, dell' art. 970 del *Code civil.* E il PILLET op. cit. pag. 118 n. 2 giustamente nota una certa parentela fra questa decisione e la teorica del rinvio. Negli stati Uniti d' America le Corti di uno Stato accettano generalmente la interpretazione data agli statuti di un altro Stato dell' Unione dalle Corti di quest' ultimo; ma non risulta che questo sistema, fino ad un certo punto giustificabile nei rapporti interstatali, venga esteso anche ai rapporti internazionali: cfr. MOORE in DICEY op. cit. pag. 720.

ritto obbiettivo nazionale, deriva che il giudice stesso ha di fronte al primo gli stessi poteri d'interpretazione che ha di fronte al secondo. Così le regole d'interpretazione, che fossero eventualmente fissate dalla *lex fori*, devono applicarsi anche in confronto delle leggi straniere [1]. L'ipotesi più grave si ha in proposito quando il giudice nella legislazione straniera, di cui è venuto a conoscenza, non trovi una norma che possa direttamente applicarsi alla risoluzione della controversia. Egli allora, valendosi del sussidio offerto dagl'interpreti della legislazione straniera e dalla giurisprudenza a questa relativa, dovrà supplire alla lacuna constatata ricorrendo all'analogia legale o, quando questa non sia possibile, all'analogia giuridica. Rimettendo alla norma straniera il regolamento di un dato rapporto giu-

[1] Vedi DANZ op. cit. pag. 147. In contrario ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 286, il quale tuttavia dopo aver detto che l'interpretazione del diritto straniero deve tenersi nelle sue regole d'interpretazione, aggiunge: *in quanto queste sono effettivamente regole giuridiche e non semplicemente guide intellettuali.* Ora quando si pensi che le regole dell'interpretazione appariscono quasi sempre come il risultato di una generale logica necessità, tanto che mal si adattano ad essere formulate in articoli di legge ed anche quando si vogliano rivestire della forma di precetti legali, questi non hanno praticamente, come legge, quasi alcun valore, si vedrà che la seconda ipotesi prevista dallo Z. è in fatto costante e quasi esclusivamente formale la differenza fra la sua e la nostra opinione.

ridico il legislatore nazionale del giudice non si è preoccupato della via che quest' ultimo deve seguire per arrivare alla determinazione di quella norma, essendo per lui indifferente che il giudice la trovi chiara ed esplicita nella legislazione straniera o debba invece faticosamente trarla dallo spirito ond' essa è animata. L' obbligo di ricorrere ai principî generali della legislazione straniera, quando questa non offra una norma precisa per risolvere la controversia, è dunque implicitamente ma necessariamente contenuto nell' obbligo generale imposto al giudice di decidere in base alla legislazione straniera, il che vuol dire di non muoversi dall' ambito di quest' ultima.

10. — Dal principio che il diritto straniero deve essere applicato d' ufficio derivano due importanti conseguenze. La prima è che le parti possono invocare l' applicazione del diritto straniero in ogni stadio della procedura, anche in ultima istanza, e in caso di ricorso non sono obbligate dalle loro asserzioni od ammissioni fatte in primo grado (1). La seconda è che per mancata o falsa

(1) ROLIN op. cit. vol. I pag. 786; VON BAR op. cit. vol. I pag. 136; ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 288; MEILI op. cit. vol. I pag. 144 (vedi ivi a pag. 154 la giurisprudenza contraria del Bundesgericht). Il VON BAR fa una riserva per il caso che si tratti di un' eccezione, le cui basi siano determinate dalla legge straniera: questa eccezione deve essere

applicazione del diritto straniero [1] è ammissibile il ricorso in cassazione, anche quando la non applicazione o non giusta applicazione corrisponde alla proposta delle parti.

La pratica dei diversi paesi, com'è costante nel considerare le leggi straniere come un dato di fatto, così in grande prevalenza nega l'ammissibilità del ricorso in cassazione per loro violazione o mancata applicazione. Comune ad entrambi i principî è la più importante delle cause determinatrici, ossia la falsa concezione che una parte della dottrina e sopratutto la giurisprudenza hanno delle ragioni dogmatiche del diritto internazionale privato. È evidente che il giudice non può applicare

proposta prima e non si avrà riguardo al mezzo di nullità fondato sul fatto che la legge straniera non è stata applicata, quando la parte interessata non si è curata di proporre l'eccezione fondata su questa legge nelle istanze inferiori. Il Rolin (pag. 787) ritiene tale soluzione esatta, perchè la legge che ordina per es. di proporre le eccezioni *in limine litis* è una legge di forma processuale; ma non sempre la base del mezzo di ricorso deve essere necessariamente apprezzata secondo la *lex fori*, dovendosi in ogni specie particolare esaminare qual'è la legge che la regge.

[1] A quali limiti di gravità possa giungere la violazione o falsa applicazione di leggi straniere, particolarmente col sistema della prova rimessa esclusivamente alle parti, possono mostrare alcuni esempi riferiti dal Fusinato, Questioni di dir. intern. priv. Torino 1884 pag. 56 e segg.; dal Catellani op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 798-9; dal Darras art. cit. pag. 212-3.

diritto straniero, che non gli venga imposto dalla volontà del suo Stato, sia questa espressa o tacita. Tuttavia non può disconoscersi in fatto che la mancanza di codificazione delle regole di diritto internazionale privato ha agito cumulativamente sul perdurare dei due principi su enunciati.

Basterebbe a provarlo la giurisprudenza franco-belga, la quale ha subito al riguardo una significante evoluzione. Essa distingueva fino a poco tempo fa il caso in cui un testo esplicito del codice o di un trattato comandasse l'applicazione della legge straniera e quello in cui tale applicazione si deducesse per mezzo d'interpretazione dottrinale ed ammetteva nel primo caso il ricorso respingendolo nel secondo. Più di recente le idee delle supreme Corti si sono modificate, avendo esse riconosciuto che devono considerarsi come vera legge le regole tratte per mezzo dell'interpretazione. Ma questo mutamento è limitato all'ipotesi della mancata applicazione di una legge straniera, continuandosi ancora a respingere l'ammissibilità del ricorso nei casi di falsa applicazione o violazione della legge straniera, quando sembri che con ciò non sia violata una legge nazionale. Le formule assai nebulose, da cui si trae l'ammissibilità del ricorso, sono le seguenti: quando la violazione della legge straniera si combina e si confonde con quella della legge nazionale oppure quando l'errore sul senso della legge

straniera è fonte e principio di una violazione della legge nazionale (1).

Esaminando con minuta critica questa dottrina giurisprudenziale, il Colin ne dimostra facilmente la inconsistenza. Gli basta a ciò porre il concetto che il giudice non può applicare una legge straniera che in virtù di un ordine del suo Stato e che, quando quest' ordine in qualunque forma esista, egli è tenuto ad applicarla. Onde una violazione o mancata applicazione di una legge straniera (che sono in buon senso assolutamente la stessa cosa) violano sempre e direttamente la legge nazionale (2). Non mi sembra dunque si possa ammettere col Catellani, che l' inammissibilità del ricorso per violazione di legge straniera risulti come conseguenza *necessaria* dalla mancanza di norme convenzionali o legislative, che rendano obbligatoria per i magistrati l' applicazione del diritto straniero, e che fino a tanto che tali norme non esistano in tutti gli Stati non sia possibile pretendere dalla magistratura che essa assimili nei riguardi della

(1) WEISS op. cit. vol. III pag. 172 e segg.; ROLIN op. cit. vol. I pag. 771-4; VAREILLES-SOMMIÈRES op. cit. vol. II pag. 292-3 e 295. La stessa dottrina è seguita nel Lussemburgo come risulta della sent. 12 giugno 1888 della Cassazione (*Rev. prat. de droit intern. privé* 1890-91 pag. 82).

(2) COLIN, Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère (*Journal* 1890 pag. 406-414 e 794-807).

cassazione la legge straniera alla propria (1). Questa possibilità, pur nelle condizioni attuali, è invero ammessa dal coro quasi unanime degli scrittori (2). Le rare voci discordi o adottano puramente e semplicemente l' opinione seguita dalla giurisprudenza testè indicata (3) oppure muovono da concetti per altra sia inaccettabili. Così per esempio l' Asser riconosce nelle leggi straniere il carattere di norme giuridiche, ma afferma che negli Stati in cui l' istituto della Cassazione ha per iscopo di completare l' unità legislativa con l' unità di giurisprudenza tutto quanto non si riferisce all' applicazione della legge nazionale, sia esso fatto o diritto, esce dall' ambito giurisdizio-

(1) CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 813-4. Molto meno quindi trovo da approvare l' opinione del FIORE, Dir. int. priv. vol. I n° 273, il quale ritiene che il ricorso in cassazione, ammissibile nel sistema legislativo italiano, che richiama espressamente la legge estera, sia da escludere in quei paesi dove la legge estera non è resa in taluni casi obbligatoria in virtù di una disposizione della legge interna.

(2) Vedi gli autori citati dal DIENA op. cit. vol. I pag. 409 nota 3 e pag. 410 nota 2. Aggiungi VAREILLES-SOMMIÈRES op. cit. vol. II pag. 290-6; PILLET op. cit. pag. 87-9; OLIVI op. cit. pag. 902.

(3) Così FOELIX op. cit. vol. I pag. 34 nota 1; BROCHER op. cit. vol. I pag. 155; LAURENT, Droit civ. intern. vol. II n° 293; DESPAGNET op. cit. n°. 25 pag. 31; LA LOGGIA op. cit. pag. 309-311; DE PAEPE in *Rev. de droit intern.* 1900 pag. 419-422.

nale della Suprema Corte regolatrice ([1]). Bene oppone il Colin nell'articolo citato che pur riconoscendo che la Cassazione abbia per missione di mantenere l'unità della giurisprudenza, essa non esaurirebbe il suo compito in tutta la sua estensione se si vietasse di criticare l'interpretazione fatta dai giudici di merito delle leggi straniere, potendosi stabilire in questo caso divergenze di giurisprudenza dannose agl'interessi privati e certamente contrarie al voto del legislatore. Lo stesso Colin poi dice risultare dalla storia dell'istituto in Francia che la Cassazione è stata concepita come *le gardien suprême de la loi, le regulateur du pouvoir judiciaire, le pouvoir appelé à réprimer les écarts des juges.* La legge sulla Cassazione parla sempre di legge in genere e non di legge francese: la restrizione avrebbe dovuto essere esplicita; e del resto non poteva essere posta dal momento che, quando il legistatore nazionale ne impone l'applicazione, la legge straniera acquista quell'autorità che le manca in origine ([2]).

([1]) ASSER-RIVIER op. cit. n° 14 pag. 37. All'opinione dell'ASSER hanno recentemente aderito i proff. CHIRONI e ABELLO, i quali scrivono (op. cit. vol. I pag. 41) che « contro l'invocata violazione della legge straniera non si dà ricorso alla Corte Suprema di Cassazione, alla quale, per la funzione sua, non spetta di fissarne il significato ».

([2]) Nello stesso senso, di fronte all'art. 517 n° 3 Cod.

Neppure è da accogliere la soluzione intermedia sostenuta dal Féraud-Giraud, per il quale la violazione di una legge straniera dovrebbe considerarsi non come violazione di una legge nazionale, bensì come violazione di una specie di legge contrattuale delle parti e a questo titolo si dovrebbe concedere l' esercizio di un diritto di ricorso in Cassazione (1). È infatti del tutto arbitrario il ritenere che la violazione di una legge straniera sia da riguardarsi semplicemente come una violazione contrattuale, senza contare il gravissimo inconveniente pratico derivante dal dover risolvere per l' ammissibilità del ricorso la diabolica questione dell' esistenza o no del travisamento del contratto, anche ammessa la più larga dottrina sull' ammissibilità in tal caso del rimedio di cassazione (2).

Notiamo con soddisfazione che, mentre la giurisprudenza degli altri paesi ha continuato nella sua via tradizionale sorda agli incitamenti della dottrina (3), la più recente giurisprudenza italiana

proc. civ. it., GIANZANA op. cit. vol I parte 2ª n° 45 pag. 35 e BOLAFFIO, Il Cod. di com. it. com. vol. I pag. 758-9.

(1) FÉRAUD-GIRAUD, Des recours in cassation pour violation d' une loi étrangère (*Revue de droit intern.* 1892 pag. 233-262).

(2) Cfr. BOLAFFIO op. cit. pag. 759 nota 1.

(3) Vedi ad es. la pratica germanica riferita dal VON BAR op. cit. vol. I pag. 143-4 e dallo ZITELMANN op. cit. vol. I pag. 288 nota 106, aggiungendo la **sentenza** 1° marzo

ha adottato ormai con costanza il principio della ammissibilità del ricorso ([1]).

11. — Ben osserva il Niemeyer che il legislatore deve contare col fatto che l'accertamento del diritto straniero non solo spesso presenta difficoltà, ma è talora praticamente impossibile; ond'egli, se si risolve ad imporre al giudice l'obbligo di quell'accertamento, deve sentire la necessità di completare l'opera sua dando una norma per il caso che il contenuto del diritto straniero nonostante tutte le premure usate non sia accertato oppure il suo accertamento sia connesso con tali difficoltà e sacrifizî di tempo, di energia e di denaro da presentarsi come prati-

1901 del Reichsgericht (*Journal* 1903 pag. 189), il quale tuttavia — vedi forza delle cose! — dopo aver negata l'ammissibilità del ricorso per falsa interpretazione di una legge straniera, in fatto, discutendo se vi era violazione di un principio di diritto internazionale privato, esaminò almeno di volo se la legge straniera era stata bene applicata. Per la Svizzera vedi MEILI op. cit. vol. I pag. 154 e 156.

([1]) Cass. Torino 29 aprile 1871 (*Mon. Trib.* 1871 pag. 434), Cass. Firenze 25 aprile 1881 (*Foro it.* 1881, I, 447 e *Journal* 1883 pag. 81) e 20 febbraio 1890 (*Giur. tor.* 1890 pag. 351), Cass. Napoli 26 gennaio 1897 (*Foro it.* 1897, I, 633 con nota di BOLAFFIO; *Giur. it.* 1897, I, 1, 634; *Legge* 1897, I, 441). Quest'ultima sentenza è specialmente notevole per semplicità e correttezza di motivazione e per avere esplicitamente rigettata l'opinione sostenuta dal FÉRAUD-GIRAUD. Vedi anche, per quanto non molto esplicitamente, Cass. Torino 26 marzo 1904 (*Legge* 1904 pag. 1478) e Cass. Napoli 20 maggio 1904 (*Legge* 1904 pag. 1490).

camente inattuabile [1]. Ma poichè in fatto il legislatore, anche là dove ha creduto di sancire per il diritto straniero il principio *jura novit curia*, non ha quasi mai pensato a dare la norma complementare accennata [2], il problema legislativamente insoluto si trasporta sul giudice, il quale non può che adottare una di queste due soluzioni: o applicare la legge nazionale o rigettare la domanda. Quest' ultimo procedimento appare come una conseguenza strettamente lo-

[1] NIEMEYER, Vorschläge und Materialien pag. 76.

[2] Soltanto, ch' io sappia, il Codice generale del Montenegro all' art. 7 dispone: « Entsteht über den Inhalt aller sonstigen ausländischen Gesetze ein Zweifel, so haben die Gerichte ihre Uebereinstimmung mit den montenegrinischen Gesetzen vorauszusetzen, so lange die Parteien eine Abweichung und den Inhalt jener fremden Gesetze nicht nachweisen » (LESKE u. LOEWENFELD II, 327). Nei due progetti Gebhard sulla legge introduttiva al Cod. civ. germanico era al § 38 la disposizione seguente: « Wird im Laufe des Rechtsstreites von den Parteien nicht nachgewiesen, dass das massgebende ausländische Gezetz von dem deutschen Gesetze abweicht, so hat das Gericht, wenn ihm das ausländische Gesetz unbekannt ist, bei Erlassung des Urteils davon auszugehen, dass das ausländische Gesetz mit dem inländischen übereinstimme. Die Befugnis des Gerichtes, ausländische Rechtsnormen von Amtswegen zu ermitteln (C. P. O. § 265), wird durch diese Vorschrift nicht berührt ». Vedi in NIEMEYER op. cit. pag. 79-80 la critica di questa disposizione e la diversa formula proposta dall' A., nella quale era pure affermato l' obbligo del giudice di ritenere in caso di dubbio la concordanza della legge straniera con quella nazionale.

gica dell'opinione, che considera la prova del diritto straniero come una pura e semplice prova di fatto, sottratta in tutto all'iniziativa del giudice: fallita o non data la prova, s'impone naturalmente il principio *actore non probante, reus absolvitur* (¹). Ma la dottrina e la giurisprudenza dei vari paesi adottano quasi costantemente il primo sistema, assegnando ad esso come fondamento la presunzione che la legge straniera ignota al giudice sia identica a quella nazionale (²).

(¹) Cfr. in questo senso presso di noi LA LOGGIA op. cit. pag. 317. Il NIEMEYER op. cit. pag. 76-8, dopo aver citata una decisione 28 aprile 1879 del *Reichsoberhandelsgerichts* ed averla trovata perfettamente corretta, dice che la semplice possibilità che si possa seguire il sistema di rigettare la domanda per mancanza di prova del diritto straniero, deve consigliare al legislatore di prendere una disposizione precisa (Vedi nella nota precedente la proposta da lui fatta al riguardo all'epoca della nuova codificazione germanica). È notevole come quel sistema sia vigorosamente sostenuto dallo ZITELMANN (op. cit. vol. I pag. 289-290), il quale tuttavia nel trattare il nostro argomento parte dal concetto fondamentale che il giudice deve conoscere ed applicare d'ufficio il diritto straniero.

(²) Data la estensione quasi universale del sistema può parere inutile fare delle citazioni (Vedi per es. quelle fatte dal DARRAS in *Journal* 1901 pag. 446 nota 1). Soltanto non è inopportuno notare che in alcuni paesi la presunzione dell'identità della legge straniera a quella nazionale si concepisce come principio giuridico positivo in guisa da farne il punto di partenza fondamentale del sistema della prova della legge straniera, nel senso che quella presunzione

Tale presunzione si fonda razionalmente sul fatto che « un gran numero di norme giuridiche contengono disposizioni conformi soltanto alla natura delle cose e che quindi nelle diverse legislazioni dei popoli civili, che hanno il medesimo grado di cultura, esistono necessariamente molte disposizioni conformi, e questa conformità il giudice può con buon fondamento ammettere le quante volte i *petita* delle parti, secondo gli elementi di fatto dalle medesime affermati, si conformano al diritto nazionale e non vi ha richiamo a un diritto straniero » ([1]).

Certo meglio che al diritto privato in genere questo ragionamento del von Bar potrebbe riferirsi al diritto commerciale, che per l'uniformità dei rapporti da esso regolati dà luogo effettivamente a maggiore concordanza di disposizioni nei diversi paesi ([2]); ma in nessun caso mi pare possa il giudice ritenersi autorizzato a presumere che la norma straniera a lui ignota sia conforme

sta finchè la parte interessata non ne dia prova contraria; l'obbligo della parte consiste allora nello stabilire in che cosa la legge straniera differisca dalla nazionale. Così è in Inghilterra (WESTLAKE op. cit. § 344), negli Stati Uniti d'America (MOORE in DICEY op. cit. pag. 719) e nel Montenegro, dove esiste un' espressa disposizione legislativa, che abbiamo sopra riferita (vedi n. 2 a pag. 480).

([1]) VON BAR op. cit. vol. I pag. 135.

([2]) Vedi in questo senso SACHS, in *Rev. de droit intern.* 1874 pag. 232 e BOLAFFIO op. cit. pag. 759-761.

a quella nazionale. Gli studi di legislazione comparata mostrano come la tanto vantata concordanza stia tutta nelle linee generali, nei principî giuridici fondamentali, al disotto dei quali sta la varietà delle applicazioni singole. Anche nelle legislazioni, che possono considerarsi come appartenenti ad uno stesso gruppo ben caratterizzato, difficilmente esiste comunanza di regole specifiche senza l'influsso di cause storiche determinanti in qualche modo l'imitazione di una legislazione da parte di altre. Non è dunque lecito presumere una cosa, che anzichè essere la regola è proprio l'eccezione. E si noti che quando tale eccezione è dovuta, come più di frequente avviene, a cause storiche ossia all'influenza da una legislazione esercitata sulle altre, è pressochè impossibile che il giudice non riesca da sè o aiutato dalle parti a conoscere la norma straniera, che fu imitata dalla corrispondente nazionale o che servì essa stessa di modello a quest'ultima. Sicchè in fatto la presunta concordanza non sarebbe fondata che in rarissime ipotesi dovute ad influenza puramente casuale o a quella pura e diretta della natura delle cose. Non di rado poi accadrà che un facile studio comparativo fra la legislazione nazionale e quella straniera, nella quale dovrebbe ricercarsi la norma applicabile, invertirà addirittura la presunzione della concordanza o renderà impossibile qualunque presun-

zione. Può darsi infatti che le due legislazioni appartengano a tipi completamente differenti o che ad ogni modo l'istituto, al quale appartiene la norma giuridica invano ricercata, sia regolato nelle due legislazioni in base a principî del tutto diversi; se una presunzione logica allora dovesse porsi, essa sarebbe per la discordanza della norma straniera rimasta ignota da quella corrispondente nazionale. Lo stesso von Bar dice che la presunzione della conformità vien meno se la norma nazionale deve considerarsi di diritto singolare [1]. Si può aggiungere che essa vien meno anche quando la controversia sottoposta al giudizio del magistrato si riconnetta ad un istituto proprio della legislazione straniera e sconosciuto nella legislazione nazionale e di cui tuttavia il giudice possa conoscere senza venire a ledere il principio dell'ordine pubblico.

[1] von Bar op. e vol. cit. pag. 136. In Inghilterra si disconosce la presunzione di identità della legislazione straniera alla nazionale per quanto concerne le istituzioni, che anche in Inghilterra hanno un ordinamento diverso da quello del diritto comune, come ad es. il fallimento: cfr. Westlake op. cit. § 353. La giurisprudenza americana nei rapporti interstatali presume fino a prova contraria la prevalenza della *common law*; ma esclude tale presunzione quando il diritto da provare appartenga a uno Stato dell'Unione, che non sia stato fondato da coloni inglesi e al quale per conseguenza sia rimasta estranea l'influenza della *common law*. Cfr. Moore in Dicey op. cit. pag. 720.

Concludendo, io resto fermo in massima nell'idea che nel dubbio sull'esistenza o sul tenore della norma straniera si debba applicare la corrispondente norma nazionale, ma a sostegno di quest'idea mi sembra sia da rigettare come del tutto infondata la presunzione di concordanza delle due norme. Il risultato materialmente non cambia, ma altra dev'essere a mio avviso la costruzione formale [1].

Neppure mi sembra da accogliere la diversa presunzione sostenuta dal Diena, il quale scrive: « Poichè il magistrato quando non trova nella legge competente alcun testo che valga a risolvere la questione su cui pende la controversia, deve tuttavia, per non rendersi colpevole di diniego di giustizia, pronunciarsi fondandosi sui principî generali di diritto, è naturale che a questi egli si attenga anche nel caso che ora si esamina, presumendo però che essi trovino la propria estrinsecazione nelle norme consacrate dal suo legislatore nazionale » [2]. Il giudice obbligato in ogni modo a giudicare, non potendo applicare una norma straniera che gli è ignota, deve per necessità applicare la propria legge nazionale. Ora l'obbligo del giudicare è in tal

[1] Cfr. in questo senso LESSONA in *Rev. de droit intern.* 1895 pag. 557 e DE PAEPE in *Rev. de droit. intérn.* 1900 pag. 425.

[2] DIENA, op. cit. vol. I pag. 411.

caso la ragione remota dell' applicazione della legge nazionale; ragione prossima è l' impossibilità di giudicare se non applicando la legge nazionale. Per non diversi motivi questa legge s' impone quando si tratta di giudicare dello stato personale o della capacità di un individuo senza nazionalità o di nazionalità incerta. Si tratta sempre di una necessità d' indole pratica con riflessi d' indole giuridica; e all' infuori di essa è del tutto infruttuosa la ricerca di un fondamento razionale o giuridico. Tale fondamento non potrebbe in ogni caso trovarsi nella presunzione posta innanzi dal Diena. È noto infatti che i principî generali, a qualunque altezza si voglia collocarli, non possono mai concepirsi che come connessi a un dato diritto positivo. Certo la sostanziale comunanza di civiltà fra i popoli produce delle idee giuridiche comuni, le quali hanno un valore proprio, indipendente, almeno fino a un certo punto, dalle singole legislazioni e ad esse superiore, e possono, appunto in grazia di tale loro qualità, servire di guida scientifica nello studio degli stessi istituti diversamente regolati nelle diverse leggi; ma queste idee giuridiche comuni e superiori non sono da confondersi con i principî di diritto, che son sempre concretati nelle legislazioni particolari [1] e che appunto per il

[1] Cfr. ANZILOTTI, Studî critici pag. 93-7.

loro carattere storico e positivo posseggono essi soli l'attitudine di fornire al giudice un sicuro punto di partenza per muovere alla ricerca di una norma non precisata dall'ordinamento giuridico.

Ciò posto, se il Diena vuol alludere a principî generali di diritto, che siano al di fuori e al di sopra di ogni legislazione positiva, egli dice cosa manifestamente inesatta. Se egli intende alludere ai principî generali, che informano la legislazione straniera, può parere assai strana la presunzione che tali principî trovino la loro estrinsecazione nelle norme consacrate nella legge del giudice. A prescindere da ciò, non potrebbe parlarsi di principî generali di legislazione straniera di fronte ad un giudice, che non conoscendola affatto o avendone imperfetta conoscenza non sappia se in essa si contenga una norma regolatrice del rapporto controverso è dato che questa norma esista quale ne sia il tenore. Che se in qualche raro caso fosse possibile il parlarne, non sarebbe ammissibile che dallo spirito di una legislazione straniera si traesse una norma, la quale può eventualmente contrastare con quella specifica, che la stessa legislazione straniera può contenere e di cui il giudice ignora l'esistenza. Non si ha punto analogia, come a prima vista potrebbe parere, fra il caso da noi sopra riferito, in cui si sappia che una norma specifica non esiste, e

quello in cui non si sappia se una norma specifica esista. In questo secondo caso il ricorso ai principî generali è pericoloso, perchè sotto la specie di volere applicare ad ogni costo la legge straniera si potrebbe in realtà arrivare alla conseguenza di violarla, quando la norma ignorata esistesse di fatto e forse diversa da quella tratta dai principî generali.

Il Diena dunque non può aver parlato che dei principî generali della legislazione locale; e allora la presunzione da lui posta è logica, ma non aggiunge nulla alla giustificazione del principio, per cui il giudice deve applicare le norme contenute nella sua legge. Per di più il richiamo a quei principî generali mi sembra inopportuno. Già altri aveva sostenuto che il giudice anzichè alle norme specifiche della legislazione nazionale dovesse ricorrere ai principî generali di questa [1], partendo forse dal supposto che la norma così dedotta meno si allontanasse da quella esistente nella legislazione straniera ed ignota al giudice. Senonchè tale presupposizione può essere in realtà contrastata dal fatto che le due legislazioni, la locale e la straniera, non abbiano lo stesso spirito animatore; onde in qualche caso la norma tratta dai principî generali del diritto locale sarà

[1] Fiore, Dir. intern. priv. 3ª ediz. vol. I n° 272; Lessona, Teoria delle prove vol. I n° 161.

sicuramente contraria a quella vigente all' estero. Ad ogni modo sarà ben difficile che il giudice riesca a trarre dai principî generali della sua legislazione una norma diversa da quella che la legislazione stessa contiene già precisata. La conclusione del Diena è per questo aspetto ispirata a sincerità.

In un solo caso io credo che il ricorso ai principî generali della legislazione locale sia possibile e doveroso. Se nella *lex fori* manca una norma specifica corrispondente a quella che dovrebbe essere nella legge straniera e che il giudice non è arrivato a conoscere, dovendosi pur risolvere la controversia bisognerà far ricorso ai noti procedimenti di analogia legale e giuridica.

12. — Se la norma di diritto internazionale privato applicata dal giudice rimanda per la risoluzione della controversia al diritto straniero, a quest' ultimo soltanto compete la determinazione della norma specifica materiale direttamente applicabile. Così il giudice potrà trovarsi obbligato ad applicare un uso straniero anzichè una disposizione legislativa straniera [1]. E di fronte a quest' uso quale sarà la posizione del giudice?

[1] Intorno agli usi commerciali e alla legislazione in base alla quale occorre determinare la loro efficacia giuridica vedi Diena op. cit. vol. I n° 60 pag. 394-403 e gli autori ivi citati nelle note.

Nel diritto interno si notano due sistemi contrapposti intorno al modo di provare gli usi: secondo un sistema, che è generalmente seguito in Francia e per il quale anche la nostra giurisprudenza sembra avere delle preferenze, la consuetudine va considerata nei rapporti processuali come un fatto o una serie di fatti e deve quindi subire le regole che il Codice di procedura stabilisce per la prova dei fatti [1]; secondo un altro sistema invece, che è dominante in Germania [2] e a cui prestano adesione anche i migliori scrittori nostri [3], la consuetudine deve essere considerata pure processualmente come una regola di diritto e va quindi applicata d'ufficio, avendo il giudice l'obbligo di acquistarne conoscenza in tutti i modi che egli ritenga opportuni.

Rimanendo fermo nell'uso il carattere di una

(1) Vedi AUBRY et RAU, op. cit. vol. VIII pag. 152 (§ 749 testo e nota 4); GARSONNET, op. cit. vol. II § 691 nota 1 pag. 477; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. vol. I n°. 80.

(2) Vedi SAVIGNY op. cit. vol. I pag. 183-5; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten § 17; STOBBE, Handbuch des deutschen Privatrechts vol. I (1882) pag. 159-160; WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts § 17; REGELSBERGER, Pandekten § 21; GIERKE, Deutsches Privatrecht vol. I (1895) pag. 174-5; DERNBURG, Pandekten § 28. La dottrina germanica è positivamente consacrata dal § 293 del C. P. O. del 1898 sopra riferito.

(3) Cfr. VIVANTE, op. cit. vol. I n° 15 pag. 55-61.

regola di diritto, non occorre spingere alle ultime conseguenze il principio che il giudice è autorizzato a conoscerlo d'ufficio. Se è vero che l'uso non meno della legge rappresenta il diritto, si deve convenire che la sua conoscenza dà luogo a difficoltà di fatto ben più serie che la conoscenza della legge; ond'è che il giudice è spesso scusabile se non conosce perfettamente il diritto consuetudinario e la parte che lo invoca non può senza grande imprudenza fidarsi ai suoi lumi. Per queste considerazioni la dottrina germanica ha introdotto dei temperamenti al rigore del principio accennato, stabilendo che il giudice il quale non ha da se stesso una conoscenza sufficiente dell'uso può richiederne la prova alla parte che l'invoca a suo profitto e questa può senza attendere l'invito del giudice proporgli l'uso che le sembra applicabile ed offrire di provarne tanto l'esistenza che il contenuto [1].

Questa teoria, che è sostanzialmente conforme a quella che abbiamo sopra accolta rispetto alle leggi straniere [2], deve estendere la sua efficacia

[1] Cfr. gli autori tedeschi precedentemente citati e GÉNY, op. cit., pag. 308-9.

[2] Le stesse difficoltà pratiche, che il giudice incontra nell'assumere conoscenza degli usi nazionali e delle leggi straniere, giustificano l'unità del procedimento ordinato in alcune legislazioni, quali la germanica e l'austriaca, per la prova degli uni e delle altre.

anche in confronto delle consuetudini e degli usi stranieri. Se il giudice ne ha personale conoscenza, egli è tenuto ad applicarli senz'altro; in caso diverso ne ordinerà la prova avvalendosi in quanto è possibile dei mezzi usati nello Stato per la prova degli usi nazionali (1). Se in tal modo l'opera del giudice è assai semplificata, egli non deve mai dimenticare che si tratta di provare una regola di diritto e che quindi le norme contenute nella legge locale circa la prova dei fatti vanno applicate per quel tanto che corrisponde e non contrasta alla natura speciale di ciò che si deve provare. Così per addimostrare l'esistenza e il tenore di un uso straniero si può anche dare la prova per testimoni (2), ma non si possono puramente e semplicemente applicare tutte le regole che disciplinano la prova testimoniale, dovendosi escludere quelle che nella mente della legge hanno diretto riflesso alla natura di fatto di ciò che si deve provare. Per tale riguardo credo errata la sentenza 4 gennaio 1898 della Cassazione di Napoli (3), la quale in conferma della sentenza 4 marzo 1896 dell'Appello della stessa città dichiarò doversi respingere la richiesta prova testimoniale sulla consistenza di usi

(1) Cfr. DIENA op. e vol. cit. pag. 413.

(2) Cfr. PIERANTONI art. cit. pag. 446 e app. Venezia 12 maggio 1891 (*Temi Veneta* XVI pag. 462).

(3) *Legge* 1898, I, 617.

stranieri, perchè i mezzi istruttori in cause vertenti davanti ai nostri tribunali devono essere governati dalla legge italiana (art. 10 disp. prel.) e nel caso concreto questa legge rappresentata dagli art. 44 del Cod. di com. e 1341 del Cod. civ. vietava l'assunzione della prova testimoniale. È evidente la mala applicazione di questi articoli, che si riferiscono alla prova delle obbligazioni e costituiscono un vero assurdo se volti anche alla prova della norma giuridica, da cui le obbligazioni devono essere regolate.

Mezzo eccellente e frequentemente usato per provare la consuetudine straniera è l'attestazione di periti o anche l'allegazione di scritti di giureconsulti o di raccolte autorizzate di usi e consuetudini proprie del paese straniero [1]. Per essere perito basta la conoscenza pratica del diritto consuetudinario straniero; onde potranno essere periti anche commercianti stranieri [2]. Ciò è ammesso anche in Inghilterra, dove, come vedemmo, per il diritto scritto non si ammette l'attestazione di privati non giuristi [3]. Alcuno crede che per la prova della consuetudine il miglior mezzo sia quello che invece generalmente si esclude

[1] Vedi per la storia CATELLANI op. cit. 2ª ediz vol. I pag. 341.

[2] MEILI op. cit. vol. I pag. 157.

[3] Cfr. PHILLIMORE op. cit. vol. IV § 910 pag. 741.

per la prova del diritto scritto, ossia un attestato delle corti di giustizia straniere ([1]).

Che la mancata od erronea applicazione di un uso straniero debba dare adito a ricorso in Cassazione è una diretta conseguenza della natura giuridica dell'uso, che conduce alla stessa conclusione anche dal punto di vista del diritto interno ([2]).

Se il giudice non è riuscito ad ottenere una prova sufficiente sull'esistenza o sul tenore di un uso straniero, credo anch'io col Diena ch'egli non debba applicare senz'altro il corrispondente uso vigente nel suo Stato ([3]). Dato l'obbligo di regolare un rapporto giuridico in base al diritto straniero, questo — come già abbiamo detto — deve guidare il giudice nella ricerca della norma specifica applicabile; ad esso quindi nelle materie commerciali spetta il determinare l'ordine di preferenza fra leggi civili ed usi, quando si debba colmare una lacuna esistente nella legislazione commerciale. Ora se nel diritto straniero in fatto è accordata la preferenza agli usi e questi il

([1]) CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 810.

([2]) Cfr. DIENA op. e vol. cit. pag. 414 e gli autori e la giurisprudenza citati nelle note. Per la dottrina francese, che conseguente ai suoi principî è quasi tutta contraria, vedi GÉNY op. cit. pag. 560-563 coi numerosi richiami nelle note.

([3]) DIENA op. e vol. cit. pag. 415.

giudice non è giunto a conoscere, è logico si ricorra anzitutto per motivo di analogia a quella legge civile straniera, che il diritto straniero considera come fonte sussidiaria in caso di mancanza dell'uso; e poi alla corrispondente consuetudine o legge scritta nazionale. L'applicazione di una norma giuridica nazionale, quando se ne dovrebbe applicare una straniera, non ha base che nella necessità di risolvere in ogni modo una controversia giudiziaria; questa necessità dunque deve esistere e la sua esistenza non può derivare che dalla dimostrata impossibilità di trovare o di conoscere la norma straniera che dovrebbe in principio applicarsi.

CAPITOLO IV.

Oggetto del giudizio: azioni ed eccezioni.

1. — Legge determinante la capacità di una cosa ad essere oggetto del giudizio. — 2. Legge regolatrice delle azioni. — 3. Qualificazione delle azioni. — 4. Legge regolatrice delle eccezioni. — 5. Qualificazione delle eccezioni: la prescrizione.

1. — Spetta indubbiamente al diritto processuale decidere della capacità di una cosa alla via giudiziaria *(Prozessfähigkeit der Sache)* ossia della ammissibilità per un dato oggetto del procedimento giudiziario. La questione se una cosa può essere oggetto di giudizio da parte dei magistrati o rientra nella sfera d'azione delle autorità amministrative non si riferisce al contenuto del rapporto giuridico relativo alla cosa; è soltanto una questione di forma della attuazione del diritto. Deve quindi su ciò avere impero esclusivo la *lex fori* (1).

(1) Cfr. WACH, op. cit. pag. 122; WALKER, op. cit. pag. 99; MEILI, op. cit. parte II^a^ pag. 181.

La questione può in fatto sorgere in quanto i limiti di competenza fra autorità amministrativa e autorità giudiziaria non sono affatto nei singoli Stati tracciati in modo uguale. Fu giustamente osservato che non v'è un criterio *oggettivo* della giurisdizione, un criterio cioè tratto dal *contenuto materiale* degli atti giudiziarî; la giurisdizione in altri termini può essere ed è di fatto estesa ad atti e rapporti che ne sarebbero normalmente sottratti, mentre non comprende o può non comprendere rapporti che normalmente le andrebbero soggetti, così che la giurisdizione ha di fatto un contenuto diverso a seconda dei diversi ordinamenti degli Stati e soltanto tenendo conto di un diritto positivo preciso e di una organizzazione positiva e precisa delle autorità si può definire la giurisdizione, cioè enumerare tutti gli atti che sono giurisdizionali (1). Così ad esempio un diverso modo d'intendere i rapporti del cittadino verso lo Stato fa sì che secondo le legislazioni germaniche si considerino come materia della giurisdizione ordinaria questioni che da noi tali non si riguardano e viceversa pertinenti alla giurisdizione amministrativa altre che noi consideriamo come proprie del giudice comune (2).

(1) LABAND, op. cit. ed. fr. vol. II, pag. 508 e vol. IV, pag. 150.

(2) VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, nel Trattato del-

Ora la limitazione delle sfere di attività dei tribunali e degli organi amministrativi è fondata sul diritto pubblico e sottratta all' arbitrio delle parti, e pertanto dipende esclusivamente dal diritto dello Stato, nel quale la pretesa si fa valere. Accordando agli stranieri la protezione giuridica l' ordinamento territoriale non può consentire che questa si esplichi in forme diverse da quelle che esso consacra. Così gli stranieri, comunque disponga la loro legge nazionale, non potranno in via d' azione rivolgersi all' autorità giudiziaria locale nei casi in cui i cittadini non possono rivolgersi che in via di ricorso all' autorità amministrativa; e viceversa, se il diritto processuale locale l' ammette, avranno l' azione anche per un rapporto che secondo il diritto straniero non è tutelabile che in via amministrativa ([1]).

l' ORLANDO vol. III pag. 293. Nelle pagine seguenti si possono trovare, oltre numerosi altri richiami di legislazioni straniere che pongono in luce le differenze accennate, anche un lungo esame critico dei varî criterî posti a base nel determinare il campo delle controversie civili; varietà di criterî dottrinali donde la varietà nel campo del diritto positivo.

([1]) WALKER, op. cit. pag. 99-104. L' HELLWIG, op. cit. vol. I, pag. 66-7 accetta l' opinione da noi accolta per i rapporti internazionali, ma se ne diparte circa i rapporti fra Stati dell' impero germanico, nonostante che l' avviso contrario sia dominante nella dottrina tedesca (vedi nota 49 a pag. 67).

Un caso tipico di questo genere si presenta in Danimarca e in Norvegia riguardo alla separazione personale e al divorzio. In entrambi questi paesi la separazione personale si ottiene soltanto per decreto amministrativo e non può essere ottenuta con un' azione intentata davanti ai tribunali. Nel caso in cui gli sposi non possono accomodarsi, ma sono d' accordo per domandare la separazione, questa è pronunciata con decreto reso dal prefetto, a Copenhagen dal Primo Presidente e nelle città di Cristiania e di Bergen dal borgomastro. Se la domanda di separazione è fatta soltanto da uno degli sposi, la separazione non può essere pronunciata che con decreto reale in Norvegia e anche in alcuni casi con decreto del ministero della giustizia in Danimarca. Il divorzio al contrario si ottiene tanto con sentenza di un tribunale che con decreto reale; per ottenerlo con sentenza bisogna ricorra uno dei casi tassativamente indicati dal Codice di Cristiano V°, per ottenerlo invece con decreto reale basta una causa qualunque. E la via amministrativa è generalmente preferita perchè urta meno i sentimenti personali delle parti [1].

In Danimarca e in Norvegia si ritiene con

[1] Vedi *Documents relatifs à la troisième Conférence de la Haye pour le droit international privé*, pag. 139 e 180.

piena ragione che queste norme siano imperative anche per gli stranieri, ai quali la sovranità territoriale non potrebbe consentire modi diversi di ottenere la separazione personale e il divorzio. Tuttavia delle difficoltà si son prodotte circa il valore estraterritoriale da accordare ai decreti amministrativi danesi o norvegesi pronuncianti separazione personale o divorzio fra stranieri. La Conferenza dell' Aja del 1894 aveva stabilito che la domanda di divorzio o separazione personale dovesse essere fatta davanti al *tribunale competente* del luogo dove gli sposi sono domiciliati ed aveva respinto l' emendamento del delegato danese tendente a sostituire le parole *tribunale competente* colle altre *autorità competente* (1). Ma di questa decisione, nelle note diplomatiche intorno al *projet de programme* della terza Conferenza si dolsero tanto il governo danese quanto quello della Svezia e Norvegia, osservando che se in Danimarca e in Norvegia gli stranieri non dovessero essere al riguardo sottoposti alle stesse norme che valgono per i cittadini, essi rimarrebbero interamente privi della facoltà di ottenere la separazione personale; e se quanto al divorzio si volesse obbligarli a ricorrere esclusivamente alla via dei tribunali, essi

(1) *Actes de la deuxième Conférence de la Haye* pag. 78-79.

non potrebbero ottenerlo che nei casi nei quali le legislazioni danese e norvegese prevedono la facoltà di ottenere il divorzio per azione davanti ai tribunali. Così, rilevavano i due governi, nei loro paesi avrebbe avuta assai imperfetta applicazione la regola già fissata dalla Conferenza, per cui gli stranieri possono ottenere il divorzio e la separazione personale nel luogo del loro domicilio. E concludendo dichiaravano di non comprendere le esitanze ad ammettere la validità di una decisione amministrativa dal momento che questa non si sarebbe potuta prendere in base a motivi diversi da quelli riconosciuti dalla legge nazionale delle parti (1).

La Commissione della terza Conferenza, incaricata di redigere il progetto di disposizioni concernenti i conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e di separazione personale, dette ragione alle doglianze dei due governi, sostituendo le parole *giurisdizione competente* a quelle di *tribunale competente* e avvertendo che la parola *giurisdizione* era stata impiegata in un senso molto largo, comprendente non soltanto i tribunali propriamente detti, civili o ecclesiastici, ma anche le autorità amministrative, che possono essere incaricate di pronunciare su questa mate-

(1) *Documents relatifs à la troisième Conférence*, pag. 139 e 180.

ria [1]. Non contenta di questa interpretazione autentica, la Commissione stessa in una successiva disposizione, dopo aver detto che il divorzio e la separazione personale pronunciati da un *tribunale competente* saranno riconosciuti validi dovunque, aggiunse che anche validi dovunque saranno riconosciuti il divorzio e la separazione personale pronunciati da una *giurisdizione amministrativa*, limitando però tale validità al caso che essa sia riconosciuta dalla legge di ciascuno dei coniugi [2]. Tale limitazione, nonostante non trovasse concordi tutti i commissari e fosse da varie parti criticata anche nelle discussioni plenarie della Conferenza [3], fu definitivamente approvata e la disposizione testè riferita figura ora nell'art. 7 capov. della convenzione 12 giugno 1902 per regolare i conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e di separazione personale.

Gli stessi criteri che finora ci hanno servito di guida valgono anche per la distinzione fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria. In altri termini è soltanto la legge territoriale che determina i diversi ordini di rapporti giudiziari, che si racchiudono sotto le due espres-

(1) *Actes de la troisième Conférence*, pag. 210-211.

(2) *Ibidem*, pag. 212-213.

(3) *Ibidem*, pag. 195-197 e 240-241.

sioni di giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria senza alcun riguardo alla legge nazionale delle parti o alla diversa legge sotto l'impero della quale il rapporto giuridico ebbe vita. Di tal guisa, se così vuole la legge territoriale, dovrà prendersi in sede di giurisdizione volontaria un provvedimento, che secondo la legge nazionale dell'interessato forma oggetto di un vero e proprio giudizio ([1]).

2. — La teoria dell'azione ha la massima importanza nel campo giuridico internazionale in quanto molte delle analisi ond'essa è composta trovano in quest'ultimo una fecondità di conseguenze, che è sconosciuta nel campo giuridico interno. Così (e l'osservazione fu da noi fatta fin dall'inizio della nostra trattazione) poichè diversi principî determinano la legge applicabile nell'ordine del diritto privato e in quello del diritto processuale, è per noi essenziale mettere bene in rilievo quanto nell'azione appartiene all'uno o all'altro di questi due diritti.

È principio tradizionale che per agire in giudizio occorre avere un *diritto* e un *interesse* ([2]).

([1]) La differenza fra le varie legislazioni è ben possibile quando si pensi alla varietà dei criterî adottabili per distinguere la giurisdizione volontaria dalla contenziosa: cfr. Diana, op. cit. vol. I, pag. 56-78.

([2]) Cfr. Garsonnet, op. cit. 2ª ediz. vol. I § 249 e segg.; Mattirolo, op. cit. 5ª ediz. vol. I n.° 54.

Ciò ammettono tutti coloro che, pure accettando l'idea di una pretesa pubblicistica alla tutela giuridica, ritengono non potersi questa assolutamente scindere dalla pretesa di diritto privato ([1]). È noto che l'argomento capitale addotto contro questa teoria è fornito dalle azioni di accertamento ([2]), specialmente di accertamento negativo, che vengono concepite come puri diritti alla tutela giuridica verso lo Stato e assunte quindi come prova della assoluta indipendenza del diritto di agire ([3]). Ma debbano queste azioni, come io ritengo, considerarsi quali figure meramente processuali o poggino invece anch'esse su base privatistica ([4]), certo è che nel maggior numero di casi in modo indiscutibile la domanda giudi-

([1]) Cfr. per es. SIMONCELLI, Lezioni citate pag. 237. Contro MORTARA, op. cit. vol. II pag. 587-8.

([2]) Su tali azioni vedi SCHMIDT, op. cit. §§ 125 e 126 pag. 685-699. Presso di noi con molte indicazioni bibliografiche CHIOVENDA, op. cit., nota 68 pag. 76-95.

([3]) WACH, op. cit. pag. 16-7; SCHMIDT, loc. cit.

([4]) Conveniamo perfettamente col CHIOVENDA (op. cit. pag. 90-2 in nota) nel ritenere falliti tutti i tentativi fatti in tal senso. Non più felice degli altri mi sembra il tentativo del SIMONCELLI (Lezioni citate pag. 237), il quale ritiene che anche alle azioni di accertamento si connetta un diritto privato avente per oggetto l'integrità giuridica che l'attore intende tutelare. Credo infatti assai discutibile l'esistenza di un diritto subbiettivo privato all'integrità giuridica, salvo che il concetto di diritto subbiettivo non voglia prendersi in un senso generalissimo contrario a quello adottato dallo

ziale ha il primo dei suoi presupposti nel diritto privato. Ora che tale presupposto sfugga al dominio esclusivo del diritto territoriale e soggiaccia invece alle regole normali del diritto internazionale privato, è cosa sulla quale torna inutile insistere. In altri termini la pretesa dedotta in giudizio è tale che, ove ne sia riconosciuta l'esistenza, essa ha il carattere di diritto subbiettivo in base alla legge di diritto materiale, che viene indicata dalle norme di diritto internazionale privato a cui il giudice è sottoposto.

Muovendo da questo punto di partenza è facile arrivare a stabilire il principio, generalmente ammesso, che il giudizio di diritto materiale dell'azione deve farsi in base alla legge che è applicabile per l'esistenza del diritto che si fa valere [1].

stesso Simoncelli sulle tracce delle dottrine tradizionali. Lo ZITELMANN (op. cit. vol. II, pag. 230) dopo aver notato che l'azione secondo il suo scopo può essere di tre specie, essere cioè diretta ad una condanna dell'attore ad una prestazione, avere per iscopo un semplice accertamento e contenere infine l'esercizio di un diritto del potere giuridico (*Recht des rechtlichen Könnens*), dice che a tutti e tre i casi è comune ciò che per mezzo dell'azione si fa valere un diritto dell'attore e affronta l'ostacolo che a questa affermazione generale si presenta dalle azioni di accertamento negativo dicendo che *analogamente in queste si fa valere la non esistenza di un diritto del convenuto* (loc. cit. nota 143).

[1] ZITELMANN, op. cit. vol. II pag. 230; MEILI, op. cit. parte IIª pag. 179-81.

Lo Zitelmann, che ha dato per il primo esempio del modo onde deve condursi una completa trattazione su questo argomento [1], inizia le sue minute e profonde indagini osservando che per specificare ulteriormente occorre distinguere le varie specie dei diritti, che si possono far valere per mezzo dell' azione.

Il principio anzitutto [2] non presenza difficoltà di dimostrazione quanto alle azioni nascenti da diritti di obbligazione, sia che l' azione abbia soltanto per iscopo l' accertamento dell' obbligazione, sia che venga diretta alla condanna ad una prestazione, in quanto per mezzo dell' azione si fa valere quell' ordine di prestazione che il diritto materiale di obbligazione contiene.

Di ciò, sia pure incidentalmente o anche solo implicitamente, si è occupata tutta la scienza del diritto internazionale privato relativa alla materia delle obbligazioni. A cominciare dal Savigny gli scrittori hanno concordemente ritenuto che l' esistenza e la natura delle azioni sono connesse col *vinculum juris* e non possono dipendere che

[1] ZITELMANN, op. cit. vol. II, pag. 230-244.

[2] Lo ZITELMANN (pag. 230) nota ancor prima che l' affermazione del principio è ampiamente giustificata quanto alle azioni, con cui si fa valere un diritto del potere giuridico, poichè l' azione è qui niente altro che l' esercizio del diritto stesso.

dalla legge stessa che regola l'obbligazione ([1]). La questione dell'azionabilità di un diritto, in quanto quest' ultima si concepisce come una qualità essenziale del diritto perfetto, appartiene indubbiamente al contenuto del diritto e però è indipendente dalla legge vigente nel luogo del tribunale ([2]). Per arrivare a tale conclusione non è indispensabile ritenere diritto ed azione due termini indissolubili; è ben possibile per diversa via arrivarvi anche se si consideri l'azione come un diritto a sè stante indipendente dal diritto materiale. Gli stessi motivi, sui quali si fonda la necessità che lo Stato accordi agli stranieri il diritto d'agire considerato genericamente, valgono a stabilire che l'azione nei vari casi concreti deve giudicarsi secondo la legge stessa a cui è sottoposto il diritto materiale. Dopo avere determinato per mezzo del suo diritto internazionale privato che alcuni dei diritti privati concessi agli stranieri sono regolati dalla legge territoriale ed altri dalla

([1]) SAVIGNY, op. cit. vol. VIII § 374. Fra i moltissimi più recenti scrittori notevole per l'ampiezza di sviluppo dato all'argomento il FIORE, op. cit. 4ª ediz. vol. I, pag. 178-182; fra i meno recenti si può vedere il FOELIX, op. cit. n.° 110 e gli autori da lui citati in nota. La differenza fra i primi e i secondi sta nella maggiore ampiezza che questi accordano al criterio d'ordine pubblico come limite all'ammissibilità dell'azione in base a legge straniera.

([2]) WACH, op. cit. pag. 122; VON BAR, op. cit. vol II, pag. 38.

legge straniera, lo Stato agirebbe contradittoriamente se accordasse l'azione per i diritti regolati dalla legge straniera soltanto nei casi consentiti dalla propria legge. Senza il presidio dell' azione risultante dalla legge straniera la concessione dei diritti regolati dalla legge straniera sarebbe molto spesso platonica.

Si potrebbe osservare che in tal guisa si viene a giudicare dell'esistenza di un diritto pubblico subbiettivo, quale noi abbiamo concepito l' azione, alla stregua di una legge straniera. Ma a prescindere dalla natura mista, fra pubblica e privata, che noi abbiamo riscontrata nell' azione, non è certo strano e senza esempî che il giudice sia obbligato a decidere dell' esistenza di un diritto pubblico subbiettivo in base ad una legge straniera. Valga per tutti l'esempio della cittadinanza straniera delle parti in causa, che il giudice deve constatare appunto in base alla legge straniera all' effetto di determinare la legge applicabile al rapporto giuridico contestato [1].

Neppure sarebbe giusto ritenere in via assoluta che l' ordine pubblico sia interessato per il fatto dell' ammissione dell' azione in base ad una

[1] Che la cittadinanza sia per sè un diritto pubblico subbiettivo piuttosto che un semplice *status* o presupposto di diritti è opinione largamente dominante. Cfr. ROMANO, Dir. pub. subb., pag. 66-8 dell' estratto e gli autori ivi citati a pag. 68 nota 1.

legge straniera per un rapporto, a cui l' azione è negata dalla *lex fori*. In un senso assai generale può dirsi giusta l' osservazione che il Mortara fa a proposito delle obbligazioni naturali: « Il diniego di azione a tutela di un diritto è sempre disposizione singolare della legge nell' interesse dell' obbligato, non già per mira d' utilità sociale assoluta o di *ordine pubblico* come spesso si dice. Sarebbe assurdo infatti che una facoltà dell' uomo ottenesse cittadinanza nel campo dei diritti, cioè fosse riconosciuta dal diritto obbiettivo e al tempo stesso fosse incompatibile con l' ordine giuridico che è contenuto e determinato nello stesso diritto obbiettivo. Una facoltà o utilità individuale incompatibile con l' ordine pubblico non può essere un *diritto*, nè da essa possono derivare obbligazioni *naturali* » [1].

Così io ritengo che nonostante la disposizione dell' art. 147 del nostro cod. civ., per cui « i figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio e per qualunque altro titolo », una cittadina austriaca possa davanti ai nostri tribunali intentare azione contro il proprio padre per ottenere una dote congrua (§ 1220 comb. coi §§ 141 e 143 Cod. civ. austriaco) [2].

[1] MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 468.

[2] È discusso se l' art. 147 del nostro Cod. civ. contenga un caso di obbligazione naturale (vedi POLACCO, Le obbliga-

L' effetto finale dell' ordine pubblico è la divietata assistenza giudiziaria nel territorio ad un rapporto giuridico fondato su una legge straniera, che secondo le regole normali di diritto internazionale privato sarebbe competente a regolarlo. In genere il divieto di conferire l' assistenza giudiziaria deriva da un esame di merito, che ha per oggetto da un lato il rapporto giuridico e dall' altro la legge territoriale corrispondente a quella straniera; in altri termini nella maggior parte dei casi esso colpisce non l' azione ma il diritto materiale. Non sempre però, chè talora ponendo dei limiti all' applicazione della legge straniera produce carenza di azione. Valga per tutti l' esempio dei debiti di giuoco o scommessa: nel negare l' azione per il pagamento di tali debiti il legislatore è evidentemente ispirato dal concetto morale della tutela del costume nella

zioni nel dir. civ. it. Padova-Verona, 1899, pag. 65-6); ma anche nell' opinione negativa si deve necessariamente riconoscere che il padre ha obbligo morale di provvedere in conformità delle proprie sostanze a dotare le figlie o in genere a fare un assegnamento ai figli per causa di matrimonio. Il diniego di azione non può dunque certo attribuirsi a motivi, che rientrino nel concetto di ordine pubblico internazionale. Per altri casi, in cui in materia di obbligazioni viene negata l' azione dalla *lex fori* (ad es. per mancanza di forma) senza che perciò debba intendersi impegnato l' ordine pubblico internazionale, cfr. von Bar, op. cit. vol. II, pag. 38-9.

società sulla quale impera, ond' appare chiara la ragione d' ordine pubblico che in tutti i paesi dove esiste il divieto fa sì che sia negata l' azione anche a un debito di giuoco o scommessa sorto in un paese dove l' azione è accordata [1].

Egualmente per un criterio d' ordine pubblico sono rette esclusivamente dalla *lex fori* le azioni del Pubblico Ministero. Nei rapporti privati lo Stato, riconosciuta la libertà degl' individui nei limiti segnati dal diritto, non veglia a che le pretese basate su questa libertà siano soddisfatte conformemente alle regole del diritto obbiettivo, non agisce di sua volontà propria e spontanea per reprimere le ingiustizie civili, limitando il suo scopo a mantenere l' ordine e la tranquillità pubblica, accordando la protezione giuridica e fissando il diritto delle parti sia per fondare sia per far valere le azioni in giudizio [2]. Di conseguenza la tutela del diritto obbiettivo, che è scopo primo della

[1] ASSER-RIVIER, op. cit. pag. 77; CATELLANI op. cit. 1.ª ediz. vol. III, pag. 591; VON BAR, op. cit. vol. II, pag. 38; app. Bruxelles 19 dic. 1890 in *Rev. prat. de droit intern. priv.* 1890-91 pag. 154 (ivi a pag. 155 in nota è riferita molta giurisprudenza e dottrina francese conforme). Quanto alla giurisprudenza inglese ed americana, che è prevalentemente contraria all' opinione affermata nel testo, vedi le indicazioni fornite dal CATELLANI e dal VON BAR.

[2] BÜLOW, Dispositives Civilprocessrecht in *Archiv für civil Praxis* LXIV, 12 e segg.; SCHMIDT, op. cit. pag. 18 e segg.; BUNSEN, op. cit. pag. 139.

funzione giurisdizionale, non si esplica di regola che su istanza di chi pretende leso un proprio diritto subbiettivo; ma vi sono pure dei casi eccezionali, in cui la violazione del diritto obbiettivo offende l'interesse politico o sociale della collettività, quantunque sopportata in pace o perfino voluta dal soggetto privato al quale direttamente quella violazione nuoce. In tali casi appunto alla tutela del diritto obbiettivo è provveduto con la facoltà attribuita al Pubblico Ministero di esercitare l'azione civile [1]. I motivi da cui tale facoltà è ispirata rendono evidente che essa può esplicarsi anche in confronto di stranieri senza riguardo alle disposizioni eventualmente diverse della legge straniera. In altri termini l'ammissibilità dell'azione civile da parte del Pubblico Ministero è retta esclusivamente dalla *lex fori*. Così ad esempio in Italia il Pubblico Ministero potrebbe promuovere il giudizio di interdizione di uno straniero anche quando la corrispondente facoltà fosse negata al Pubblico Ministero dello Stato a cui l'interdicendo appartiene [2].

[1] MORTARA, op. cit. vol. II, pag. 582.

[2] Così giustamente il FIORE, op. cit. vol. I, pag. 495. In senso contrario decise la Corte di appello di Lucca con sentenza 1° settembre 1875 (*Legge*, XVI, 235), dove a proposito della richiesta interdizione di un inglese è affermato che bisognava dimostrare che la legislazione inglese dà

Secondo lo Zitelmann il principio, per cui l'azione va giudicata in conformità della legge alla quale è soggetto il diritto che si fa valere, ha bisogno di una trattazione maggiore rispetto alle azioni per mezzo delle quali di fronte a una singola persona si fa valere un diritto assoluto. Su questo punto infatti egli concentra la massima parte delle sue indagini [1]. Comincia col rilevare che la protezione civilistica dei diritti assoluti avviene talora mediatamente per mezzo di azioni penali in quanto a tali azioni consegue un' azione di risarcimento: ora per le obbligazioni *ex delictu* in diritto internazionale è generalmente riconosciuta applicabile la legge del luogo del delitto. Un altro mezzo di protezione del diritto assoluto analogo all' azione *ex delictu* è l' azione di arricchimento, che sorge anch' essa dall' esistenza del diritto assoluto ed ha pur essa lo scopo di compensare uno spostamento di beni, che è sopravvenuto in seguito alla lesione del diritto assoluto: ora per l' obbligazione di arricchimento, che può ben darsi in seguito a lesione di un diritto assoluto straniero anche se non sia espressamente accordata dalla legge, è internazionalmente applicabile lo statuto degli arricchiti. Senonchè tanto

facoltà di domandare l' interdizione agli ufficiali, cui spettano in quello Stato le attribuzioni, che sono deferite in Italia ai funzionari del P. M.

[1] ZITELMANN op. cit. vol. II pag. 231-243.

l' azione *ex delictu* quanto l' azione di arricchimento non sono una protezione del diritto assoluto nel senso proprio e rigoroso; esse sono mezzi immediati di far valere le obbligazioni, che derivano dalla base del diritto assoluto, ma non mezzi immediati di far valere il diritto assoluto per se stesso. Alla protezione immediata del diritto assoluto serve soltanto l' azione, per mezzo della quale si fa valere il suo immediato contenuto: ora tale azione è da giudicare esclusivamente secondo la legge di diritto materiale, che domina sul diritto assoluto. Valga ad esempio l' azione tendente alla condanna dell' avversario ad una prestazione positiva o negativa: la legge regolatrice è evidentemente quella stessa che può emanare l' ordine di prestazione fatto valere per mezzo dell' azione. L' azione di prestazione può essere diretta alla cessazione dalla molestia del diritto assoluto; essa allora fa valere l' ordine di cessazione, che corrisponde al diritto assoluto, e mostra un lato del suo contenuto, cioè non fa valere il diritto stesso in confronto di una data persona, ma è soltanto un' altra espressione pratica del riconoscimento del diritto, una immediata emanazione della forza che è concessa al diritto. Così la questione se il diritto assoluto esista e se l' accusato della molestia sia obbligato a cessarla è una stessa e identica questione; anche l' obbligo della cessazione si giudica in-

sieme secondo la legge che impera sul diritto assoluto, e poichè quell'azione è da giudicare secondo la legge, in base alla quale deve giudicarsi del dovere di cessazione, così in definitiva la legge che impera sul diritto assoluto deciderà anche dell'azione diretta alla condanna alla cessazione dalla molestia. Lo stesso può dirsi dell'azione tendente alla restituzione di una cosa; anche qui l'azione fa valere esclusivamente il diritto assoluto e va regolata secondo la legge che impera su quest'ultimo.

Il principio sinora esposto ed illustrato vale in genere per tutte le azioni reali. Per ritenere ciò, in conformità alle osservazioni da noi fatte precedentemente, non è necessario sostenere, come fa a lungo lo Zitelmann, che la separazione dell'azione dal diritto assoluto dal quale essa deriva sia qualche cosa d'artificiale, mentre l'azione reale non sia altro che lo stesso diritto reale nel suo rapporto d'efficacia [1]. Per converso si può bene ammettere che le azioni possessorie in particolare siano regolate dalla *lex rei sitae* senza ricorrere al concetto di ordine pubblico [2], mentre quel regolamento non dipende che dall'applicazione di un principio generale [3].

[1] Zitelmann op. cit. vol. II pag. 243 e 306.
[2] Così il Fiore op. cit. vol. II n[i] 774 e 775 pag. 293-4.
[3] Zitelmann op. cit. vol. II pag. 307-310.

Assai interessante, per quanto non dia luogo a larghe discussioni, è il secondo presupposto dell' azione ossia l' interesse giuridico ad agire (1). Qui appunto massimamente appare il fenomeno, non sempre abbastanza rilevato, delle più ampie esigenze dottrinali del diritto internazionale in confronto del diritto interno. L' esame della natura propria dell' interesse ad agire, che nel campo interno ha soltanto un valore scientifico, è nell' ordine internazionale fecondo d' importanti conseguenze pratiche. In fatto quell' esame ci fa giungere senza troppa difficoltà alla conclusione che l' interesse giuridico ad agire, data la sua impronta pubblicistica, deve essere regolato dal diritto processuale.

Lo Stato accorda la sua tutela giuridica, ma legittimamente pretende che essa sia necessaria, che non serva ad un puro capriccio dell' attore o al suo non lodevole intento di recare molestia ad altri; vuole che i suoi organi giurisdizionali non siano ingombrati da contestazioni inutili e non diano sentenze, che lungi dall' essere una tutela del diritto obbiettivo o d' interessi privati abbiano il carattere di responsi puramente accademici. Che dunque esista un interesse ad agire

(1) Perchè sia validamente iniziato e costituito il rapporto processuale, l' interesse deve esistere sì rispetto al soggetto attivo che rispetto al soggetto passivo dell' azione. Così esplicitamente l' art. 36 del nostro Cod. proc. civ.

in certi limiti e condizioni interessa lo Stato per il retto funzionamento dell'organismo processuale. Così è certo che quei limiti e quelle condizioni posti dal diritto territoriale s'impongono a chiunque si faccia a chiedere giustizia ai tribunali. Se in genere lo Stato non accorda la tutela giuridica per la sola incertezza subbiettiva dell'attore, in quanto secondo la definizione dello Schmidt « l'interesse alla tutela giuridica è una condizione determinata da circostanze esteriori tali che il cittadino in mancanza di tutela giuridica soffrirebbe danno » (¹), evidentemente lo Stato non può accordare questa tutela neppure in base alla volontà diversa dalla sua, espressa dallo Stato a cui appartenga l'attore.

Da che la misura dell'interesse ad agire è imperativamente quella fissata dall'ordinamento processuale territoriale, soltanto questo determinerà anche in confronto agli stranieri la possibilità delle azioni di accertamento positivo o negativo (²). Così per esempio il diritto germanico,

(¹) SCHMIDT op. cit. pag. 678. In questa e nelle pagine seguenti è un'eccellente trattazione dell'interesse giuridico ad agire. Tale argomento si trova benissimo svolto anche dal nostro MORTARA op. cit. vol. II pag. 586-607.

(²) Cfr. WACH op. cit. pag. 122-3. Il WACH arriva all'affermazione da noi fatta nel testo partendo dal concetto che appartiene al diritto processuale e però va regolata dalla *lex fori* la questione della eseguibilità forzata del diritto per mezzo dell'azione, la questione in altri termini della

considerando che anche all'infuori del caso in cui è aperta un'azione di inesistenza o annullamento del matrimonio, può esservi interesse a permettere ai due coniugi d'ottenere una decisione giudiziaria sul loro matrimonio, ha organizzata quest'azione nel § 606 del C. P. O. del 1898. Ora è certo, a prescindere dalla questione della competenza dei tribunali germanici nelle controversie di stato riguardanti stranieri, che questi ultimi potrebbero intentare in Germania una simile azione anche se questa non fosse loro consentita dall'ordinamento processuale del loro Stato.

Analogamente un italiano in un paese straniero dove fossero ammessi potrebbe intentare uno di quei giudizî provocatorii [1], che nel no-

ammissibilità per un dato diritto soltanto dell'azione alla prestazione o anche di quella all'accertamento positivo o negativo.

[1] Tali giudizî sono ammessi dal C. P. O. austriaco del 1895 al § 228 (sulle disposizioni legislative precedenti a quelle attualmente in vigore vedi il von Canstein op. cit. vol. II pag. 102-8), da parecchie leggi processuali svizzere (Roguin op. cit. pag. 601), dal Cod. di proc. civ. greco (Leske u. Loewenfeld II, 20), dal diritto comune tuttora vigente nella repubblica di S. Marino (Cass. Roma 3 febbraio 1904, in *Corte Suprema* 1904, II, 155). Una rivista di leggi, per la maggior parte ora non più in vigore, che ammettevano le azioni provocatorie, si può trovare in Foelix (op. cit. n° 189 pag 250-3), il quale è il solo scrittore che a mia conoscenza si sia occupato di quelle azioni nel campo internazionale.

stro sistema legislativo non sono più riconosciuti [1]; viceversa in nessun caso uno straniero potrebbe intentarli in Italia. Lo stesso deve dirsi circa le azioni dirette a reprimere i cosiddetti atti di emulazione nei rapporti fra Stati dove tali azioni sono ammesse (come la Germania in conseguenza della disposizione proibitiva degli atti di emulazione contenuta nel § 226 Cod. civ.) e Stati dove sono escluse, come sembra debba ritenersi in base al nostro diritto positivo [2].

Per tutto quanto riguarda semplicemente il lato formale le azioni vanno senza contestazione soggette alla *lex fori;* ma non è il caso d'indugiarci qui su questo punto, che sarà oggetto di largo svolgimento nella parte speciale del nostro lavoro.

Ma il suo punto di vista è diverso da quello che ora a noi interessa. Egli infatti osserva che le azioni provocatorie, le quali siano intentate in Francia contro uno straniero, presentano dell'analogia colle azioni che possono introdursi davanti ai tribunali francesi in virtù dell'art. 14 Code civil; e riguardandole per se stesse e per questa analogia con grande sfavore, cerca di porre dei limiti alla competenza dei magistrati francesi nel giudicare delle azioni provocatorie dirette contro stranieri.

[1] Cfr. MORTARA op. cit. vol. II pag. 602-3; CHIOVENDA op. cit. pag. 79-80 in nota.

[2] MORTARA op. cit. vol. II pag. 595-7. Ma la questione è assai controversa: vedi l'ampia bibliografia riferita da FADDA e BENSA nelle Note alle Pand. del WINDSCHEID vol. I pag. 1173 e segg.

3. — Studiando le condizioni della tutela giuridica nelle sue varie specie la dottrina procede in base a diversi criteri a delle classificazioni delle azioni, delle quali poi il legislatore si vale per fissare in correlazione quelle varie specie di tutela e determinare al tempo stesso la distribuzione di competenza fra le proprie autorità giudiziarie. Per motivi analoghi la classificazione delle azioni è interessante anche nel campo del diritto processuale internazionale in quanto contribuisce ad assegnare la giurisdizione ai tribunali di uno Stato in confronto di quelli di un altro Stato. Ora prima di decidere della sua competenza anzi all' effetto di decidere su di questa il giudice può trovarsi costretto a stabilire la natura dell' azione. Il più spesso egli troverà gli elementi di questo giudizio in quegli stessi criteri scientifici generali, che lo guiderebbero anche trattandosi di un' azione che non riguardasse per alcun verso l' ordine internazionale. È noto per esempio che non sempre è facile distinguere se si tratti di un' azione successoria o di un' azione matrimoniale, in quanto molte stipulazioni del contratto di matrimonio o alcune disposizioni di legge sul regime matrimoniale spiegano il loro effetto soltanto alla morte dell' uno o dell' altro degli sposi, avvicinandosi così al diritto di successione [1]. Ora in tal caso

[1] Il determinare se un' azione sia matrimoniale o suc-

dell'avvertita impossibilità di trasportare puramente e semplicemente nel campo internazionale le soluzioni accolte nel campo del diritto interlocale. Il problema della qualificazione delle azioni nei rapporti intercantonali svizzeri si presenta strettamente connesso con la interpretazione dell'art. 59 della Costituzione, il quale contiene un principio superiore, a cui le leggi cantonali non possono in alcun modo derogare. In fatto i giudici federali non sono legati che dal testo costituzionale ed è evidente che per interpretarlo non possano legittimamente ricorrere all'una o all'altra legislazione cantonale. Questa peculiarità di condizioni sfugge interamente all'ordine internazionale, dove le leggi eventualmente divergenti sulla qualificazione di un'azione sono sul piede della più perfetta eguaglianza.

Il Bartin, che, se non fu il primo ad avere l'idea del problema delle qualificazioni nel diritto internazionale privato, fu indubbiamente il primo ad accordarle grande ampiezza di svolgimento [1], si lasciò troppo trascinare dal tema scambiando frequentemente la diversità delle

[1] BARTIN op. cit. pag. 1-82. Lo studio sulle qualificazioni fu prima pubblicato in *Journal* 1897 pag. 225-255, 466-495 e 720-738 col titolo « De l'impossibilité d'arriver à la suppression definitive des conflits des lois », che mostra chiaramente lo scopo da cui l'A. era mosso nelle sue ricerche.

leggi interne colla diversità delle interpretazioni giudiziali; e il suo studio può agevolmente ridursi a minime proporzioni esercitando con certo rigore il magistero della critica negativa su ciascuno dei numerosi casi di giurisprudenza da esso raccolti ([1]). Ma se è vero che la diversità di caratterizzazione di uno stesso rapporto ben più spesso che da diverse ed espresse disposizioni legislative deriva per via di conseguenza dalla diversità delle costruzioni giuridiche, che di uno stesso istituto dà la scienza nei diversi paesi traendole dall' analisi delle norme concrete poste nelle rispettive legislazioni, è pur vero che conflitti di qualificazione per quanto rari si verificano e devono la loro esistenza essenzialmente ai vari elementi scientifici, che possono essere contenuti nelle leggi e che nonostante il loro carattere non mancano di avere forza obbligatoria per l' interprete ([2]). Ora potendo in fatto avvenire che il ricorso ai generali criterî dottrinali vada escluso di fronte a due decisamente diverse volontà legislative, il giudice può di necessità tro-

([1]) Cfr. BUZZATI, Di una nuova categoria di conflitti di leggi (i conflitti di qualificazione). Estratto dalla pubblicazione pel 50° anno d' insegnamento di E. Pessina, Napoli-Trani, 1899.

([2]) Vedi lo svolgimento dato a questo concetto nel mio studio già ricordato, che è in *Arch. giur.* vol. LXIX fasc. 2.

varsi obbligato alla scelta. Quali allora ne saranno i criteri?

Può darsi che la caratterizzazione dell'azione derivi da quella dell'obbietto suo mediato (obbietto immediato dell'azione è, come vedemmo in passato, la tutela giuridica, l'attuazione della legge), la cui natura occorre allora stabilire preventivamente. Per vedere ad esempio se un'azione sia mobiliare o immobiliare bisogna prima vedere se sia mobile o immobile l'oggetto dell'azione; e siccome della natura mobiliare o immobiliare dei beni secondo uno dei più noti e meno discussi principî di diritto internazionale privato deve decidere la legge della situazione [1], così è possibile che la caratterizzazione dell'azione, donde deriva la competenza dei tribunali di uno Stato o di quelli di un altro, debba desumersi da una legge straniera al giudice [2].

[1] Cfr. fra molti, avuto riguardo alla maggiore ampiezza di sviluppo, BARTIN loc. cit. e FIORE op. cit. vol. II §§ 766-772 pag. 285-291.

[2] Vedi in questo senso Trib. Senna 14 marzo 1894 (*Journal* 1894 pag. 815) e Trib. Como 7 nov. 1899 (*Riv. di dir. intern.* 1899 pag. 556). — Il ROGUIN (op. cit. pag. 558 nota 1) ricorda che il trattato di alleanza 28 maggio 1877 fra la Confederazione svizzera e la Francia all'art. 11 stabiliva che « la nature et le caractère de chaque action seraient déterminés par les règles établies dans les lieux de la situation des biens ». E dichiara che è questo l'unico atto internazionale a sua conoscenza, che contenga una disposizione simile. Per mia parte non saprei aggiungerne altri.

Sempre quando l'azione sia caratterizzata dalla natura propria del diritto che per essa si vuol far valere, la qualificazione dell'azione si rappresenta come una conseguenza indeclinabile della qualificazione del diritto materiale con cui essa si connette; onde appare necessario far governare la prima dalla stessa legge che governa la seconda. Si tratta di un caso fra altri non infrequente di intimi rapporti fra diritto materiale e diritto processuale e di influenza che il primo esercita sul secondo. Alla nota di inscindibilità fra il carattere dell'azione e quello del diritto materiale mal corrisponde in generale la dottrina facendo dipendere la qualificazione dell'azione da una legge diversa da quella che rende applicabile per la qualificazione del diritto. Vi è infatti nella dottrina un accordo quasi perfetto nel ritenere che la qualificazione delle azioni dipenda dalla *lex fori*, mentre varî sono i pareri circa la qualificazione dei diritti. Alcuni per esempio ritengono che, riservati i casi di ordine pubblico nei quali deve prevalere la qualificazione della *lex fori*, la legge genericamente indicata come competente a regolare un rapporto giuridico debba pure essere riconosciuta competente a qualificarlo [1]; ma questi stessi scrittori

[1] Cfr. DESPAGNET, Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, in *Journal* 1898 pag.

pure ammettono che la definizione delle azioni dipenda costantemente dalla *lex fori*, sostenendo che ciò avvenga per gli stessi motivi per cui da questa legge dipendono tutti gli ordinamenti essenziali e costitutivi della procedura.

Circa la determinazione della legge competente a fornire le norme per distinguere gli atti di commercio dagli atti civili (1) l'avvertita molteplicità di principi è assolutamente dominante; varie infatti sono le opinioni circa la determinazione di quella legge agli effetti di diritto materiale, ma tutti sono concordi nel ritenere applicabile la *lex fori* per gli effetti di diritto processuale. Fa eccezione soltanto il Diena, il quale dopo aver notato gl'inconvenienti che derivano dal voler applicare contemporaneamente due leggi diverse per la competenza e per le norme giuridiche sostanziali, sostiene che sia per criteri scientifici che per interpretazione dell'art. 58 Cod. com. e dell'art. 10 disp. prel. Cod. civ. deve applicarsi la legge del luogo dell'atto per tutti gli effetti, anche quindi per determinare la giurisdizione e la procedura (2).

253-273; Olive, Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé, Paris 1899 pag. 201-4; Catellani op. cit. 2ª ediz. vol. II pag. 423-6.

(1) Intorno a questo interessante problema vedi sopra tutti Diena, Dir. com. intern., vol. I nⁱ 5-12 pag. 59-93.

(2) Diena op. cit. vol. I pag. 63-4 e 67-86.

Trovo l' opinione del Diena perfettamente logica in quanto combatte la distinzione di principi; non è infatti chi non veda lo sconcio di un tribunale di commercio, investito di un' azione ritenuta commerciale secondo la *lex fori*, che applichi la procedura commerciale ad una controversia che dal punto di vista materiale è ritenuta e va regolata come controversia civile. Riconosco anche che al criterio unico di qualificazione posto innanzi dal Diena non faccia ostacolo il principio generale, per cui la competenza e le forme processuali sono regolate dalla *lex fori*. Se così fosse, bisognerebbe pure ammettere che in base alla stessa *lex fori* si deve decidere se un' azione è mobiliare o immobiliare, mentre come vedemmo è opinione incontrastata quella che dà impero alla *lex situs*. In fatto nulla vi è di strano che una legge straniera qualificando un' azione venga ad esercitare una indiretta influenza nel determinare la giurisdizione; e io non troverei difficoltà ad ammettere ciò in via generale e non soltanto rispetto alle azioni reali, se potessi accettare la teoria che vuole qualificato il rapporto giuridico dalla legge stessa che è competente a regolarlo. Ma per i motivi, che già altra volta ebbi ad esporre sulle traccie del Bartin [1], io ritengo che i rapporti giuridici di

[1] Cfr. in *Digesto italiano* v° Successione in dir. intern. priv.

la *lex fori* [1]. Quest' ultima opinione, che è dominante nella dottrina e nella giurisprudenza d' Inghilterra e degli Stati Uniti d' America [2] non senza essere accolta anche qua e là nei paesi continentali europei [3], parte dal concetto che la prescrizione colpisce non il diritto stesso, ma l' azione che l' accompagna e però è un mezzo di procedura, una protezione che la legge per interesse generale accorda al debitore. È in fondo la teoria del diritto giustinianeo, che concepisce la prescrizione non mai come causa di estinzione

[1] Questo problema di qualificazione è tutt' altro che nuovo nella dottrina del diritto internazionale: cfr. gli accenni storici del CATELLANI op. cit. 2ª ediz. vol. I pag. 351 e 505-6; del FOELIX op. cit. n° 100; del Rocco, Trattato di dir. civ. intern., Livorno 1859 pag. 533-4.

[2] STORY op. cit. §§ 557 e 576; WHARTON op. cit. § 535; WESTLAKE op. cit. §§ 238-242 e 343; DICEY op. cit. pag. 715-6 (questi due ultimi autori sono personalmente contrarî al-all' opinione dominante nel loro paese); FOOTE op. cit. pag. 516-523; MOORE in DICEY op. cit. pag. 718.

[3] Nella dottrina francese si possono ricordare LABBÉ in *Sirey* 1869, I, 135 e in *Journal* 1876 pag. 28; BROCHER op. cit. vol. II pag. 409; AUBRY in *Journal* 1896 pag. 478. E fra la più recente giurisprudenza francese le sentenze App. Algeri 17 gennaio 1889 (*Journal* 1889 pag. 659), Trib. Senna 28 nov. 1891 (*Journal* 1892 pag. 712), Trib. com. Brest 28 ag. 1900 (*Journal* 1903 pag. 138-142), App. Rennes 28 gennaio 1902 (*Journal* 1903 pag. 136-161). Quanto all' antica dottrina tedesca vedi le indicazioni fornite dal FOELIX op. cit. n° 100 e quanto alla non più recente giurisprudenza quelle date dal VON BAR op. cit. vol. II pag. 93 nota 1.

azione), così nella scienza del diritto internazionale è assolutamente prevalente la teoria che fa regolare la prescrizione, come appartenente alla sostanza dei diritti, dalla stessa legge alla quale questi ultimi sono soggetti [1]. A dir vero la concordia si arresta qui, chè l'appartenenza della prescrizione al diritto materiale dà origine a molteplici sistemi, ciascuno dei quali indica una diversa legge applicabile [2]; ma una volta affermato

[1] Fra i moltissimi autori si possono ricordare WÄCHTER in *Civ. Arch.* vol. XXV pag. 408-412; SAVIGNY op. cit. vol. VIII § 374; ROCCO op. cit. pag. 534-5; ASSER-RIVIER op. cit. pag. 84; LEHR in *Rev. de droit intern.* 1881 pag. 516-9; MERIGNHAC in *Rev. crit.* 1884 pag. 113; WACH op. cit. pag. 124; CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 624; VON BAR op. cit. vol. II, pag. 95; FIORE op. cit. 4ª ediz. vol. I pag. 186; DESPAGNET op. cit. 3ª ediz. pag. 619-622; ROLIN op. cit. vol. I pag. 528-547; WESTLAKE op. cit. pag. 279: DICEY op. cit. pag. 713; VAREILLES-SOMMIÈRES op. cit. vol. I pag. 255-260; JITTA op. cit. pag. 353-5; DIENA op cit. vol. I pag. 446-7; MEILI, Intern. Civil - und Handelsrecht vol. I pag. 210-213.

[2] La molteplicità e divergenza dei sistemi si riferiscono esclusivamente alle azioni personali: vedi FLANDIN in *Journal* 1881 pag. 230-6; CATELLANI op. cit. 1ª ediz. vol. III pag. 621-632; VON BAR op. cit. vol. II pag. 96-103; ROLIN op. cit. vol. I pag. 528-547; DIENA op. cit. vol. I pag. 440-7; FIORE op. cit. 4ª ediz. vol. I pag. 182-7; MARTIN, La prescription libératoire en droit international privé. Examen et critique de divers systèmes (*Rev. de droit intern.* 1887 pag. 262-283). Alcuno di questi sistemi combina nei risultati con quello che considera la prescrizione come appartenente al diritto processuale o in quanto direttamente sostiene l'applicabilità della *lex fori* per un criterio d'ordine pub-

il principio le discussioni sul modo ond'esso deve essere svolto rientrano legittimamente nel campo del diritto internazionale privato. E al principio noi possiamo fare piena adesione, in quanto, pur non accogliendo il supposto concetto di base della inscindibilità del diritto e dell'azione, sono ad esso sufficiente sostegno i motivi stessi per i quali avemmo precedentemente a ritenere che l'ammissibilità dell'azione è determinata dalla legge a cui è soggetto ii diritto materiale.

blico internazionale (così per es. il MARTIN art. cit. pag. 279-283) o in quanto sostenendo l'applicabilità della legge del domicilio del debitore, giunge di fatto all'applicazione della stessa *lex fori*, che con quella molto spesso si confonde (alcuno anzi arriva a dire che la legge del domicilio del debitore è applicabile appunto perchè il debitore è convenuto nel luogo del suo domicilio: *actor sequitur forum rei*). — Quanto alla prescrizione delle azioni reali, mobiliari e immobiliari, è da tutti ammesso l'impero della *lex rei sitae*: cfr. fra i molti FIORE op. cit. vol. II n° 809 pag. 326. — Egualmente non sembra possa essere oggetto di contestazione la regola, secondo la quale l'azione *ex judicato* è soggetta esclusivamente alla prescrizione fissata nelle leggi dello Stato, dove la sentenza fu emanata: cfr. in questo senso Cass. francese 29 gennaio 1866 (*Dalloz* 1866, I, 170), Trib. com. Brest 28 agosto 1900 (*Journal* 1903 pag. 138-142) e App. Rennes 28 gennaio 1902 in conferma della precedente sentenza (*Journal* 1903 pag. 136-161).

INDICE

CAPITOLO II.

Gli stranieri e l'organizzazione della giurisdizione civile.

CAPITOLO III.

Il diritto obbiettivo applicabile a controversie giudiziali d'indole internazionale e rapporti del giudice con questo diritto.

CAPITOLO IV.

Oggetto del giudizio: azioni ed eccezioni.